

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Director
Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro

Año 2021 – Número 1

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
EDITORIA**

Asunción, Paraguay

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
GACETA JUDICIAL
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 1/2021
Primera edición 2021: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJ)
DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO ENCARGADO

COORDINACIÓN
ABG. ERIKA SCHLICHTING GARCETE
ABG. SIRA GREEN DA RE

EQUIPO DE ELABORACIÓN
ABG. ALEXANDER ARGÜELLO ALDERETE, INVESTIGADOR
ABG. MARIELA ALEJANDRA MOLINAS DURÉ, OPERADOR INFORMÁTICO

EQUIPO DE EDICIÓN
APOYO DE LA DIRECCIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DISEÑO DE TAPA
SOFÍA ORREGO DURAÑONA

Contactos: gacetajudicialcsj@gmail.com – Tel.: (021) 420 570, interno 2790

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.**
Caballero 270. *Teléfonos:* 496 991 - 449 738
Fax: (+595 21) 448 721
Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98
ISBN: 978-99967-12-40-1

CONTENIDO

ÍNDICES

Índice Temático	11
Índice por Tribunales	21

DOCTRINA

¿QUÉ ES EL CIBERDELITO?	23
--------------------------------------	-----------

Por Rocío Carolina Pérez Tenace

JURISPRUDENCIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Procedencia. DOCTRINA. JURISPRUDENCIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Poderes. Facultades. Deberes. Atribuciones. EXPROPIACIÓN. Utilidad Pública. PODER EJECUTIVO. Atribuciones. PODER LEGISLATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Zona de Reserva. Principio de prelación de leyes. C.S.J. Sala Constitucional. 23/12/2020 (Ac. y Sent. N° 483).	39
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. GUARDA. Prueba. Apego. CAPACIDAD Psicológica. CONSTITUCIÓN NACIONAL. NIÑO. NORMAS INTERNACIONALES. Interpretación. Protección al niño. DESCUIDO. Abandono. FAMILIA. OBLIGACIONES PARENTALES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIAS. Fundamentación. ARBITRARIEDAD. DERECHO DEL NIÑO. VIDA. DESARROLLO. Seno familiar. Normativas.	

CONTENIDO

PROTECCIÓN INTEGRAL. PONDERACIÓN. Normas. Conflictos. CUIDADO. DEBIDO PROCESO. C.S.J. Sala Constitucional. (Ac y Sent N° 506).	59
TRIBUNAL DE APELACIÓN. RECURSO DE ACLARATORIA. HONORARIOS PROFESIONALES. ARBITRARIEDAD. JURISPRUDENCIA. PRINCIPIO DE SEGURIDAD. DERECHO A LA DEFENSA. SENTENCIA. Fundamentación. NORMAS. DOCTRINA. JURISPRUDENCIA. Cuestión Sustancial. Error Material. PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD. C.S.J. Sala Constitucional. 31/12/2020 (Ac y Sent N° 511).	81
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Procedencia. Régimen Probatorio. Antijuridicidad. OBLIGACIONES DEL DEUDOR. CONTRATO. Adhesión. Consumo. Medicina Prepaga. Culpa médica. Aseguradora. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Concurrente. Médico. CONDENA. Rubro Fijado. Monto. ACCIÓN. Desistimiento Parcial. CONCURRENCIA DE OBLIGACIONES. PRETENSIÓN. ACREEDOR. DEUDOR. SISTEMA INDEMNIZATORIO. Resultado. Conducta Diligente. DEBER DE INFORMACIÓN. OBLIGACIONES DE RESULTADOS. OBLIGACIONES DE MEDIOS. Régimen Probatorio. Carga probatoria. ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. Morigeración. NEGLIGENCIA MÉDICA. INDEMNIZACIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS. Interés. C.S.J. Sala Civil. 02/12/2020 (Ac. y Sent. N° 112).....	102
COMUNIDAD DE GANANCIALES. Naturaleza. Condominio. CONTRATO. Validez del acto. NULIDAD PARCIAL. PRECIO PACTADO CÓNYUGES. EXTRA PETICIÓN. COSA JUZGADA. DERECHOS REALES. ACTO DE DISPOSICIÓN. Título Oneroso. ACTO JURÍDICO. NULIDAD. MALA FE. ACREEDOR. FRAUDE. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Participación en los gananciales. Disolución. BUENA FE. Presunción. Consentimiento. Firma. Compra-venta. PRUEBAS. Indemnización. Venta de Bien Ganancial. COMPRADOR. DEMANDA RECONVENCIONAL. Cumplimiento de Contrato. Obligación de Hacer Escritura Pública.	

CONTENIDO

Pago Precio de Venta. Administración conjunta. Falta de Autorización. INMUEBLE. Transferencia. C.S.J. Sala Civil. 17/12/2020 (Ac. y Sent. N° 120).	142
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. PLAZO. NOTIFICACIÓN. ACTOS INTERRUPTIVOS. NOTIFICACIÓN. C. S. J. Sala Penal. 13/01/2021. (Ac. y Sent. N° 31).	170
TRIBUNAL DE APELACIÓN. Atribuciones. LEY PENAL. Aplicación de la Ley. SENTENCIA. Vicios. Reenvío. DERECHO A LA DEFENSA. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. CADH. ABOGADO. Secreto Profesional. Violación del derecho a la defensa en juicio. DEBIDO PROCESO. Presencia del inculgado. AUDIENCIA Telemática. TApel. Cuarta Sala Capital. 28/01/2021. (Ac. y Sent. N° 06).....	177
MEDIDAS CAUTELARES. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. COVID-19. Juzg. 1ra. Inst. N. y A. 31/08/2020. (SD N° 225).	195

ANEXO

LEY N° 6.495	199
QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO.	



Índice Temático

ABOGADO, 179

Derecho a la Defensa, 179

ACCIÓN, 104

Desistimiento Parcial, 104

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 39, 40, 60

Admisibilidad, 39, 40

Admisibilidad y procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad, 40

ACCIÓN DE NULIDAD, 145

ACREEDOR, 105, 107, 144

Resultado, 107

ACTO DE DISPOSICIÓN, 144, 145, 147, 148, 149

Título Oneroso, 144, 145, 147, 148

ÍNDICE TEMÁTICO

ACTO JURÍDICO, 144

ACTOS INTERRUPTIVOS, 171

ARBITRARIA, 67

ARBITRARIEDAD, 63, 66, 81, 82, 83, 85

ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, 109

AUDIENCIA, 180

Telemática, 180

BUENA FE, 145

Presunción, 145

CADH, 178

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA, 170, 171

CAPACIDAD, 63

Psicológica, 63

COMPRADOR, 146

COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES, 149, 150

Administración, 150

Administración conjunta, 149

Falta de Autorización, 150

Naturaleza, 150

ÍNDICE TEMÁTICO

COMUNIDAD DE GANANCIALES, 142, 144, 145, 147, 148, 149

Condominio, 142

Indemnización, 148

Naturaleza, 142

CONCURRENCIA DE OBLIGACIONES, 104, 111

CONDENA, 104, 112

Monto, 112

Rubro Fijado, 104

CONSTITUCIÓN NACIONAL, 40, 42, 61

Atribuciones, 40

Deberes, 40

Facultades, 40

Poderes, 40

Principio de Legalidad, 42

Principio de prelación de leyes, 42

Protección al niño, 61

Zona de Reserva, 42

CONTRATO, 103, 105, 142, 145, 146, 147, 148

Adhesión, 103

Compraventa, 145, 146, 147, 148

Consentimiento, 145, 146, 148

Consumo, 103

Firma, 145, 146, 148

Medicina Prepaga, 103, 105

Pago Precio de Venta, 147

Privado, 145, 146, 148

Validez del acto, 142

ÍNDICE TEMÁTICO

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, 62

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 178

Pacto de San José de Costa Rica, 178

CÓNYUGE, 144, 149

CÓNYUGE NO CONTRATANTE, 148

Autorización, 148

CÓNYUGES, 144, 145, 146, 148, 149

Disolución, 145

Indemnización, 146, 148

Participación en los gananciales, 145

Venta de Bien Ganancial, 146

COSA JUZGADA, 143, 150, 151

COVID-19, 195

CUIDADO, 66

DAÑOS Y PERJUICIOS, 112

Interés, 112

DEBER DE INFORMACIÓN, 107, 108

DEBIDO PROCESO, 67, 180

Presencia del inculpado, 180

ÍNDICE TEMÁTICO

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 178

DERECHO A LA DEFENSA, 82, 178, 179, 180

Derecho a la defensa en juicio, 178, 179

Violación del derecho a la defensa en juicio, 180

DERECHO DEL NIÑO, 64

DERECHOS, 65

DERECHOS REALES, 143

DESARROLLO, 64

Seno familiar, 64

DESCUIDO, 61

DEUDOR, 105, 107

Conducta Diligente, 107

DOCTRINA, 40, 83, 84

EXPROPIACIÓN, 41, 42

Procedencia, 42

Utilidad Pública, 42

ÍNDICE TEMÁTICO

EXTRA PETICIÓN, 143

FAMILIA, 62, 64, 66

FRAUDE, 144, 145, 149

GUARDA, 60, 63, 66, 67

 Apego, 67

 Desarrollo Infantil Integral, 67

 Prueba, 63

HONORARIOS PROFESIONALES, 81

INCONSTITUCIONALIDAD, 42

INDEMNIZACIÓN, 112

INMUEBLE, 150

 Transferencia, 150

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, 59, 60, 63, 64, 65, 66

 Normativas, 65

JURISPRUDENCIA, 40, 81, 83

LEY, 177

 Aplicación de la Ley, 177

LEY PENAL, 177

 Aplicación de la Ley, 177

ÍNDICE TEMÁTICO

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, 144

MALA FE, 144, 146, 149

MÉDICO, 109

MEDIDAS CAUTELARES, 195

NEGLIGENCIA MÉDICA, 111

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 195

NIÑO, 61, 62, 64, 65, 67

Abandono, 62

Normativas, 64

NORMAS, 82

NORMAS INTERNACIONALES, 61

Interpretación, 61

Protección al niño, 61

NOTIFICACIÓN, 171, 172

NULIDAD, 144, 146, 149, 150

Parcial, 149

Total, 149

ÍNDICE TEMÁTICO

NULIDAD PARCIAL, 143

OBLIGACIÓN DE HACER ESCRITURA PÚBLICA, 146

OBLIGACIONES DE MEDIOS, 108, 109

Régimen Probatorio, 108

OBLIGACIONES DE RESULTADOS, 108, 110

OBLIGACIONES DEL DEUDOR, 103

OBLIGACIONES PARENTALES, 62

PLAZO, 170, 171

PODER EJECUTIVO, 41

Atribuciones, 41

Principio de legalidad, 41

PODER LEGISLATIVO, 41

PONDERACIÓN, 65

Conflictos, 65

Niño, 65

Normas, 65

ÍNDICE TEMÁTICO

PRECIO PACTADO CÓNYUGES, 143

PRETENSIÓN, 105

PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD, 84

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, 41

PRINCIPIO DE SEGURIDAD, 82

PROTECCIÓN, 64, 67

PROTECCIÓN INTEGRAL, 64

PRUEBAS, 146

RECURSO DE ACLARATORIA, 81, 82, 83, 84, 85

 Cuestión Sustancial, 84

 Error Material, 84

 Vicio de error, 85

RESPONSABILIDAD, 104, 105, 106, 111, 112

 Aseguradora, 104

 Concurrente, 104

 Culpa médica, 104

 Medicina Prepaga, 104, 105, 106, 111

 Médico, 104

 Solidaria, 104

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, 102, 103, 109

 Antijuridicidad, 103

ÍNDICE TEMÁTICO

Carga probatoria, 109

RESPONSABILIDAD MÉDICA, 107, 110, 111

Morigeración, 111

SECRETO, 180

Secreto Profesional, 180

SENTENCIA, 63, 67, 82, 83, 84, 85, 178, 180

Fundamentación, 63, 82

Reenvío, 178, 180

Vicios de la Sentencia, 178, 180

SENTENCIAS ARBITRARIAS, 62

SISTEMA INDEMNIZATORIO, 105

TRIBUNAL DE APELACIÓN, 81, 85, 177

Atribuciones, 177

VIDA, 64



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

- C.S.J. Sala Constitucional. 23/12/2020 Causa: Acción de Inconstitucionalidad “Concret-Mix S.A. c/ Decreto N° 7.409 de fecha 04 de julio de 2017, emanado por el Presidente de la República” (Ac. y Sent. N° 483). 39
- C.S.J. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad: “G. P. M. C. s/ Medidas Cautelares”. Año: 2017 – N° 2.631 (Ac y Sent. N° 506). 59
- C.S.J. Sala Constitucional. Fecha 31/12/2020 “Acción de Inconstitucionalidad promovida por AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. en los autos caratulados: “Reg. Hon. Prof. del Abog. Diego Cubas en el juicio caratulado: “AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. c/ JOAO ADEMIR GALLAS s/ Interdicto de Retener la Posesión” (Acuerdo y Sentencia N° 511). 81

Sala Civil

- C.S.J. Sala Civil. 02/12/2020. “Juicio: Elena Riveros Pintos c/ Edgar Natalicio Aguilera y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 112). 102
- C.S.J. Sala Civil. 17/12/2020. Juicio: “María Doralicia Acuña de Isasi c/ Lucineide Hang y Juan Francisco Isasi Espínola s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 120). 142

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Sala Penal

C.S.J. Sala Penal. Capital. 13/01/2021. Causa: “SIBRO S.A. FINANC INMOBILIARIA Y COM. C/ RES. N° 1086 DEL 5/OCT/12 Y RES. N° 422 DEL 1/DIC/14 DICT POR LA SCRIA. DE ASUNTOS LITIGIOSOS DE LA DINAPI” (Ac. y Sent. N° 31).	170
---	-----

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Cuarta Sala

TApel. Cuarta Sala de la Capital. 28/01/2021. Causa: “C. M. P. s/ Abuso Sexual en Niños” (Ac. y Sent. N° 06).	177
---	-----

JUZGADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, Cuarto Turno, Capital. 31/08/2020. Causa: “NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES”, Año: 2020, N° 129”, SD. N° 225.....	195
--	-----



Doctrina

¿QUÉ ES EL CIBERDELITO?

*Por Rocío Carolina Pérez Tenace **

Al hablar de este tipo de hechos punibles el primer pensamiento que mentalmente nos representamos es cualquier actividad delictiva en la que

* Abogada Universidad Nacional de Asunción (cuadro de honor año promoción 2000). Escuela Judicial – Consejo de la Magistratura (promoción 2001).

Metodología del Derecho y Técnica Jurídica – Prof. Dr. Wolfgang Schone (año 2005). Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal – Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (año 2007). Posgrado Intensivo Sistema Penal Cuestiones Fundamentales – Universidad de Buenos Aires Argentina (julio/agosto 2008). Curso sobre Daños de la Escuela Complutense – Universidad Complutense de Madrid – España (julio 2011). Curso sobre Derechos de Autor en el siglo XXI de la Escuela Complutense – Universidad Complutense de Madrid – España (julio 2012). Posgrado Cuestiones actuales de la Responsabilidad Civil – Escuela Complutense Latinoamericana – Universidad de Buenos Aires Argentina (febrero - marzo 2013). Curso de Formación Continua y Actualización en Derecho Penal y Procesal Penal - Escuela Judicial – Consejo de la Magistratura (año 2013). Curso Economía Circular: Consumiendo Sustentablemente – modalidad virtual – organizado por la Escuela Argentina de Educación al Consumo carga horaria de 20 horas cátedra (Marzo/Abril 2020). Curso La Protección de los Consumidores frente al Coronavirus – modalidad virtual - organizado por la Escuela Argentina de Educación al Consumo (Junio/Julio 2020). Curso de Cibercrimen y Prueba Digital en Paraguay – La Ley Paraguaya – carga horaria de 40 horas cátedra (octubre/diciembre 2020). Colaboradora en el capítulo denominado Crónicas de Actualidad – país Paraguay – del Anuario de la Propiedad Intelectual correspondientes a los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 – Director Eduardo Serrano Gómez – Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid – Editorial Reus – Madrid España.

se utilizan como herramienta las computadoras, teléfonos celulares o cualquier otro dispositivo a través del cual se tenga acceso a internet.

Ya en el año 1999 la Organización de los Estados Americanos (OEA) se abocó a tratar todo lo relacionado al ciberdelito en la región, con las consecuentes contingencias que esta modalidad delictual generaba. En dicho año durante la Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas (REMJA) se propuso la conformación de un Grupo de Expertos Intergubernamental sobre el ciberdelito que se dedicara entre otras cuestiones a:

- Efectuar un diagnóstico de la legislación, políticas y prácticas nacionales relativas a dichas actividades delictivas.
- Identificar entidades nacionales e internacionales que dispongan de conocimientos especializados sobre el particular.
- Identificar mecanismos de cooperación con el sistema interamericano de lucha contra el delito cibernético.

En el año 2000, los Ministros de Justicia o Ministros o Procuradores Generales de las Américas analizaron con profundidad lo relacionado al ciberdelito teniendo como meta principal combatir esto por medio de distintas herramientas y recomendar que cada estado miembro analice sobre la necesidad y conveniencia de implementar lo consagrado en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa.

A simple vista parece sencillo comprender esto sin embargo al momento de analizar la infinidad de situaciones que se producen desde hace ya varios años, esto hizo necesario que, dentro del Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest se establezcan las siguientes diferencias:

- delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos;
- delitos informáticos;
- delitos relacionados con el contenido; y
- delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines.

CONVENIO DE BUDAPEST

El 20 de diciembre del 2017, a través de la Ley 5994/17 el Paraguay se adhirió oficialmente al Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa, adoptado en la ciudad de Budapest el 23 de noviembre de 2001, además del Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia Relativo a la Penalización de Actos de índole Racista y Xenófobos.

Se buscaba por intermedio de este convenio implementar la cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la Ciberdelincuencia y, por el otro, la necesidad de proteger los intereses legítimos en la utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información (TICs).

Es el único acuerdo internacional sobre delitos informáticos que, fundamentalmente, hace hincapié en las infracciones de derechos de autor, fraude informático, la pornografía infantil, los delitos de odio y violaciones de seguridad de red.

El objetivo principal de este instrumento, definido en su preámbulo, es establecer una política penal común y alineada entre países, orientada a la protección de la sociedad contra la ciberdelincuencia, esto se alcanza tipificando los delitos informáticos de forma similar en todas las naciones, unificando normas procesales y a través de una cooperación internacional armónica.

El Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa posee 4 capítulos:

- (I) Terminología,
- (II) Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional – el derecho penal sustantivo y el derecho procesal,
- (III) Cooperación internacional y
- (IV) Cláusulas finales.

El Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa define los siguientes delitos: acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos, ataques a la integridad del sistema, abuso de los dispositivos, falsificación informática, fraude informático, delitos relacionados con la pornografía infantil y delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines.

En lo que respecta a facultades procesales para ser implementadas en la investigación de estos delitos se observan: conservación rápida de datos informáticos almacenados; conservación y revelación parcial rápidas de

los datos relativos al tráfico; la orden de presentación; el registro y la confiscación de datos informáticos almacenados; la obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico, y la interceptación de datos relativos al contenido.

Lo relacionado a la asistencia mutua ya sea en lo que respecta a los delitos tradicionales y a los delitos que guardan vinculación con la informática, más la extradición se encuentra desarrollado en el capítulo III. Debe resaltarse que para poder llevar a la práctica lo referente a la asistencia mutua se previeron 2 hipótesis, la primera de ellas cuando no existen tratados y/o leyes de reciprocidad suscriptas entre las partes donde subsidiariamente se pone en práctica lo estipulado en el convenio, y también se previó la posibilidad de la vigencia de alguna normativa.

DISPOSICIONES LEGALES DICTADAS EN NUESTRO PAÍS

Si bien es cierto de que en la redacción original del Código Penal ya se encontraban tipificados hechos punibles que guardaban relación con conductas delictuales de índole informática, con el transcurso del tiempo y la celeridad en el avance de la tecnología esta normativa ya resultaba escasa e incluso se generaban varias lagunas.

El citado cuerpo legal fue modificado por la ley 4439, la cual fue sancionada en fecha 08 de setiembre de 2011, promulgada el 03 de octubre de 2011 y finalmente publicada el 05 de octubre de 2011.

En virtud a dicha normativa se modificaron tres artículos del Código Penal y a su vez se adicionaron otros seis.

La modificación propiamente dicha se dio en los hechos punibles tipificados en los artículos 140, 175 y 188 del Código Penal, a saber:

- 2.1. Pornografía relativa a niños y adolescentes (art. 140 CP)
- 2.2. Sabotaje de sistemas informáticos (art. 175 CP)
- 2.3. Estafa mediante sistemas informáticos (art 188 CP)

Además de las modificaciones se han introducido nuevos artículos y consecuentemente tipificado nuevos hechos punibles individualizados como los Artículos 146b, 146c, 146d, 174b, 175b, y 248b.

- 3.1. Acceso indebido a datos (art 146b CP)
- 3.2. Interceptación de datos (art 146c CP)
- 3.3. Preparación de acceso indebido e interceptación de datos. (146d CP)
- 3.4. Acceso indebido a sistemas informáticos (174b)

3.5. Instancia (175b del CP)

3.6. Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago (248b)

¿CUÁLES SON LOS CIBERDELITOS MÁS COMUNES?

PHISHING

Su principal característica consiste en el envío de emails fraudulentos desde direcciones de supuestas entidades bancarias/financieras a la dirección de correo electrónico de la víctima, solicitando la provisión de datos personales, la petición concreta es proporcionar los datos de acceso a las cuentas (usuario y contraseña) que la víctima o víctimas tengan abiertas en la entidad o mediante enlaces a una web casi idéntica o muy similar a la de la entidad bancaria/ financiera / institución pública, otros, produciendo así engaño en los usuarios con la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito mediante la realización de transferencias a la cuenta del autor o autores del delito.

El objetivo principal de quienes cometen estos hechos es apoderarse de la información personal de una persona que utiliza internet, accediendo a sus cuentas de correo o redes sociales pudiendo con esto último obtener información de sus contactos. En muchos casos esto incluso es comercializado.

Otro propósito de los “Phishers” es obtener las claves de los servicios de “e-banking” e ingresar a las cuentas corrientes pudiendo disponer del patrimonio del titular realizando transferencias a una tercera persona denominada “mula”. Por intermedio de la modalidad “Phishing” y debido al altísimo número de casos, hemos tomado conocimiento de la existencia de los “Muleros” que son las personas contratadas por los “pescadores” quienes reciben “un sueldo” cuyo origen proviene de las actividades delictuales que consisten exclusivamente en evitar dejar rastros de las transferencias indebidas. Lo más usual es pactar la comisión que oscila en el 10% de las transferencias.

La principal finalidad de la intervención de las mulas es que blanqueen el dinero defraudado.

Dentro de los correos que son enviados por los “Phishers” se observan enlaces que conducen a una página, la cual obviamente es falsa y no corresponde a quien cree la víctima (banco, financiera, institución pública, otros). Es así que cuando se introducen los datos, estos van directamente al estafador. También esto puede producirse por intermedio de mensajes de textos SMS, mensajes en redes sociales, o mensajes instantáneos.

Resulta extremadamente difícil para la víctima percatarse o darse cuenta de que el correo electrónico que recibe o la página web a la que se le redirecciona el correo electrónico no corresponde ni pertenece a la entidad bancaria/financiera/ institución pública. Los “phishers o pescadores” a diario se perfeccionan para tener acceso a las claves de la cuenta online de las víctimas.

¿Cuáles son las excusas más utilizadas por los phishers?

Existen una infinidad de pretextos o excusas para que las víctimas caigan en “las redes de los phishers” y literalmente se produzca la pesca, las más vistas y utilizadas son:

- Premios, regalos o ingresos económicos inesperados.
- Cambios en la política de seguridad de la entidad.
- Falsas ofertas de empleo.
- Problemas de carácter técnico.
- Nuevas recomendaciones de seguridad para prevención del fraude.
- Recientes detecciones de fraude y urgente incremento del nivel de seguridad.
- Accesos o usos anómalos a tu cuenta.
- Promoción de nuevos productos.
- Inminente desactivación del servicio.

¿Qué detalles se observan en **El Phishing**?

Si bien es cierto que las víctimas son sorprendidas al momento de recibir correos, avisos y/o mensajes de esta índole, la presión incluso aumenta ya que en los textos aparece una advertencia de que debe la comunicación de responderse ni bien se recibe el contenido ya que en caso contrario se tomarán las medidas pertinentes (ej. cancelación de cuenta). Esto sin duda genera mucho temor para quien no está al tanto de esta modalidad delictiva procediendo sin demora alguna a responder y consecuentemente a proporcionar sus datos.

Sin embargo, teniendo un nivel mínimo de instrucción en lo que respecta a esta modalidad delictiva, leyendo de manera tranquila y pausada el contenido del correo, aviso, mensaje, texto, otro en la mayoría de los casos se observan errores ortográficos e incluso gramaticales, ello en la mayoría de los casos se debe a las traducciones que son realizadas con programas que carecen de precisión. El contenido y la redacción básicamente no se encuentran acordes al status del supuesto emisor e incumple con los mínimos formatos que deben ser utilizados. El mensaje no es personalísimo, es decir no está dirigido al usuario propiamente dicho.

¿Cuáles son los ejemplos más comunes del **Phishing**?

Existe una infinidad de modalidades que pueden ser utilizadas para que podamos ser víctimas del Phishing, las más utilizadas son:

1.- recibir un correo y/o mensaje donde se haga saber de la supuesta modificación de normativas internas, supuestos trabajos para mejor la atención, verificación de operaciones, otros. Solicitándose al destinatario que ingrese el número de su tarjeta de crédito y su PIN.

Estos contenidos supuestamente son enviados desde bancos, financieras, plataformas de pago online, emisoras de tarjetas de créditos.

El objetivo de los “pescadores” es disponer del patrimonio de la víctima, ocasionando perjuicios patrimoniales.

Este ejemplo ya lo hemos citado en los párrafos que anteceden, sin lugar a dudas es más común de todos.

2.- desde las redes sociales tales como Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn y otros, los phishers envían mensajes privados a los usuarios con supuestas advertencias que de terceras personas ingresaron a las cuentas y requiriéndose el ingreso del nombre de usuario más la contraseña correspondiente.

La finalidad de los delincuentes es “robar” el usuario con sus correspondientes contactos, seguidores, otros.

3.- las plataformas de ventas también son potenciales víctimas de estos hechos. La metodología consiste en ofertas bienes muebles o inmuebles a las víctimas, quienes en la convicción de estar adquiriendo algo efectúan los pagos sin recibir la supuesta compra realizada.

4.- los juegos online y los servicios de correos tales como Hotmail, Gmail, Outlook, Apple y otros tampoco escapan a ser utilizados como señuelos para que los pescadores atrapen a sus víctimas con la finalidad de obtener sus datos privados y robar sus cuentas.

5.- las empresas públicas tampoco se salvan de ser utilizadas como eslabones perfectos para obtener víctimas, los usuarios reciben correos y/o mensajes de que los servicios sufrirán cortes solicitando sean proporcionados los datos y haciendo consecuentemente suyos los mismos para ocasiones graves consecuencias a las víctimas.

¿Qué podemos hacer al recibir mensajes, correos o textos sospechosos?

Si creemos que estamos presentes y expuestos ante la posible comisión del Phishing lo recomendable siempre es NO proporcionar las informaciones o datos solicitados, menos aún responder correos.

Tampoco se debe hacer click ni ingresar a los enlaces. No deben descargarse archivos.

Bajo ningún sentido deben reenviarse los mensajes y los mails recibidos.

Una buena medida es contactar – por otro medio que no sea el recibido - con la verdadera emisora del mensaje y/o correo, es decir con la empresa/entidad/plataforma pasar hacer saber de la situación acaecida.

Demás está decir que debemos también hacer saber a las autoridades sobre esto. Penalmente hablando tenemos la posibilidad de formular denuncia ante la Policía Nacional o mejor aún acudir directamente ante el Ministerio Público, aquí lo ideal es no borrar, destruir ni modificar la información recibida y poner a conocimiento de las autoridades para que por intermedio de los profesionales idóneos (peritos informáticos) puedan impulsar la investigación.

¿Es posible protegernos y evitar ser víctimas del Phishing?

Si bien la protección no sería total y siempre estamos expuestos a este tipo de hechos, a fin de mitigar esto podríamos:

- 1.- bloquear contactos o contactos no deseados
- 2.- utilizar en las computadoras la configuración que nos da la opción anti phishing
- 3.- observar siempre con atención la URL que aparece como web

PHARMING

En este tipo de hecho el perjuicio que sufre la víctima es que dentro de su servidor ingresa un malware el cual lo conduce a una página web falsa. Cuando la víctima ingresa a los sitios web, los mismos en apariencia son exactamente iguales a los auténticos, pero fueron creados adrede con el propósito de ocasionar fraudes.

Existen diversos tipos de “pharming” cuyas denominaciones son las siguientes:

- Troyanos
- Gusanos
- Spyware
- Ransomware
- Adware
- Exploits

SEXTORSION

La extorsión sexual de estos tiempos es conocida como “sextorsión” y concretamente consiste en el chantaje que realiza una persona a otra utilizando una imagen o video de contenido sexual o erótico. La víctima es obligada a entregar sumas de dinero (moneda virtual o transferencias), o coaccionada a mantener relaciones sexuales, o enviar imágenes encontrándose desnuda o con posiciones eróticas bajo la amenaza concreta de difundir las imágenes o videos obtenidos o intercambiados en la hipótesis de no acceder a lo requerido.

La sextorsión se ha puesto de moda en los últimos meses convirtiéndose en una industria, utilizándose muchas veces perfiles falsos en las redes sociales creándose un usuario falso con fotos llamativas para las víctimas, a quienes se contacta con conversaciones interesantes para posteriormente solicitar el intercambio de imágenes o videos de tipo sexual, utilizándose poses o actos sexuales propiamente dichos que sirven para los propósitos delictuales.

Se han descubierto verdaderas asociaciones creadas para delinquir, incluso se conforman oficinas clandestinas donde distintas personas operan desde call center para realizar los contactos. En nuestro país se han descubierto casos donde los participantes del hecho se encontraban privados de su libertad en la cárcel.

En la sextorsión la víctima muchas veces ni siquiera proporciona imágenes o videos íntimos, sin embargo, cae en la habilidad e ingenio de los delincuentes quienes muchas veces alegan que instalaron cámaras u obtuvieron imágenes sin que la persona se pudiera percatar.

Este tipo de hechos afecta tanto la libertad como la intimidad de quienes son víctimas, incluso sufren pérdidas económicas al acceder a realizar pagos en la desesperación de que las imágenes o videos no sean difundidos, o no lleguen a los familiares directos, al entorno laboral, o lo que es peor que se multiplique ilimitadamente a través de internet.

Con estos hechos pueden llegar a consumarse distintos hechos punibles tales como: extorsión, explotación sexual, amenaza, interceptación de comunicaciones, pornografía infantil, entre otros.

Las estadísticas a nivel mundial nos dicen que existe un altísimo porcentaje de personas que no formulan denuncia ante estos hechos.

La recomendación de los profesionales es no efectuar pagos y acudir ante las autoridades competentes.

CRYPTOJACKING

También se conoce como la minería de las criptomonedas o el virus minero. Consiste en un hecho que de manera hábil y hasta sutil, se oculta en las computadoras o teléfonos celulares de las víctimas para apropiarse de las monedas virtuales que son denominadas criptomonedas.

Aunque resulte difícil de creer, la persona que es afectada por este hecho no puede percatarse de la invasión que sufre su computadora o su dispositivo móvil, menos aún presta su consentimiento ya que ignora por completo lo que está sucediendo.

Actualmente la criptomoneda más conocida y con alta cotización se denomina “bitcoin”.

“Cryptominer” es denominado el malware utilizado por los delincuentes para ingresar a los equipos informáticos con la finalidad de robar potencia.

A simple vista este delito parecería ser inofensivo y no causar agravios ya que en apariencia lo que se está hurtando es la potencia de la computadora o del celular de quien resulta víctima, sin embargo, esto no es así ya que finalmente se produce un perjuicio para la víctima.

¿Cuál es el mejor escenario para que se produzca este tipo de delito?

El ejemplo más gráfico y común es cuando accedemos a utilizar el servicio de wifi de algún lugar público.

A muchos de nosotros nos sucedió que nuestras computadoras o teléfonos celulares repentinamente se enlentecieron al conectarnos a internet haciendo uso del wifi de un shopping, cafetería, aeropuerto, otros; esto se debió a que muy probablemente estaban infectando nuestros equipos para cerrar bloques con celeridad y recibir a cambio criptomonedas.

¿Cómo podemos percatarnos de que estamos siendo víctimas del cryptojacking?

Existen algunos indicios para darnos cuenta de que estamos siendo atacados por los ciberdelincuentes tales como: sobrecalentamiento de los equipos informáticos o celulares, aumento considerable de consumo de energía, los equipos se vuelven notoriamente lentos, el procesador se carga, se empiezan a observar ejecuciones de procesos desconocidos.

¿Se pueden prevenir este tipo de delitos?

Existen algunas sugerencias como:

-Instalar y utilizar bloqueadores de anuncios para proteger la privacidad

-Supervisar de manera constante la velocidad que poseen nuestras computadoras, así como la potencia. También aplicable a los teléfonos celulares

-Instalar programas creados para bloquear la minería de criptomonedas

-Bloquear páginas que nos puedan parecer sospechosas

GROOMING

Sin temor a equívocos esta modalidad de delito es la más repudiable y reprobable en razón de que el autor del hecho siempre es un adulto que de manera deliberada y adrede acosa sexualmente a un niño o a una niña utilizando internet. Lamentablemente existen personas mayores de edad que se sienten atraídas sexualmente por niños, niñas o adolescentes, estando en algunos casos incluso comprobado con la intervención de profesionales idóneos.

No debemos de dejar de recordar que es un acoso y ocurre de manera mucho más frecuente de lo que podemos imaginar.

En algunos países es conocido como “child grooming” lo que podríamos traducir como “engaño pederasta”

¿Cómo inicia el grooming?

El autor tal como ya se expuso más arriba, siempre es una persona mayor de edad, y con el afán cumplir con su propósito crea un perfil falso ya sea en una red social o en un chat, para hacerse pasar por un menor de edad y de este modo iniciar contacto con otro menor para generar un supuesto vínculo amistoso con quien finalmente será la víctima del hecho.

La pretensión inicial del autor es entablar un vínculo de confianza con la víctima y posteriormente ir aislándole del mundo real para que se aboque exclusivamente a contactar ilimitadamente de manera secreta y con absoluta intimidad. Incluso el autor del hecho incorpora el lenguaje y los modismos utilizados por los menores.

La interacción en lo que respecta a las comunicaciones que van aumentando, es decir las conversaciones al inicio consisten en temas superficiales hasta llegar a los más íntimos.

¿Cuáles son las fases dentro del grooming?

Este tipo de delito conlleva su tiempo, lo cual no es nuevo ni extraño para los delincuentes ya que destinan semanas e incluso meses para concretar su pretensión.

El patrón que se repite y la constante es la siguiente:

1.- Crear un vínculo de confianza: para esto el autor finge tener otra edad, la cual siempre se aproxima a la de la víctima. Utiliza el lenguaje similar al de la víctima y busca tener temas en común.

2.- Valorar los riesgos: el delincuente una vez que siente que la víctima empieza a confiar en él, de manera muy sutil le pregunta si comentó a alguna otra persona (por lo general familiar directo) utiliza su computadora o su celular, y si comentó sobre la amistad que tienen. Busca siempre generar secretismo y confidencialidad.

3.- Hablar de sexo: de manera casi natural el abusador empieza hablar de sexo con la víctima. Este tema gradualmente va aumentando. Intenta en todo momento hacerle creer al menor que es algo común y que todos lo hacen

4.- Pedidos: la etapa final del online grooming donde ya la manipulación es absoluta. El delincuente por medio de la coerción hace que la víctima le envíe material sexual y lo que es peor logra concretar un encuentro personal entre ambos para físicamente concretar el abuso.

En los casos donde no se concreta el encuentro personal, el delincuente satisface su pretensión vendiendo a redes pederastas o en el mercado negro las fotografías o los videos de la víctima.

Característica principal del grooming:

El autor del hecho siempre se esconde en el anonimato que permite internet y en la inocencia de las víctimas.

La herramienta principal del autor del hecho es la cámara web o de los celulares, esto es indispensable ya que de este modo el menor puede exhibirse a petición del autor quienes utilizan fotos o videos faltos para hacer creer a las víctimas de que también son menores de edad.

¿Es posible descubrir cuando un menor ya se encuentra expuesto a este delito?

Cuando los perfiles son falsos esto puede ser comprobado si se procede a un análisis de algunos aspectos tales como: el usuario no tiene muchos amigos ni contactos, sus interacciones son escasas, lo que dice o publica es difícil de demostrar, no publica ni envía muchas fotografías.

¿Se puede prevenir el Grooming?

Resulta harto difícil poder prevenir que los menores caigan en este tipo de hechos, la herramienta más adecuada a la cual podemos acudir y aplicar es la educación, hablando con naturalidad de la sexualidad y de los peligros que conllevan la mala utilización de las herramientas digitales.

También se puede aconsejar a los menores que:

- no acepten ni respondan mensajes de índole sexual
- que no intercambie mensajes ni tenga conversaciones con personas que realmente no conoce

- mantener los perfiles privados. Se debe cuidar quien ve las publicaciones y poner el mayor empeño en configurar la privacidad y de este modo seleccionar quienes pueden acceder a las mismas

- no subir fotos donde se observe fácilmente la ubicación

- hacerles entender que los datos que se suben o comparten en internet pueden ser utilizados con malas intenciones por personas desconocidas

Un detalle al cual muchas veces no le prestamos el cuidado suficiente para evitar que se produzcan robo de imágenes son las contraseñas:

- todos los dispositivos sean teléfonos celulares, tabletas, notebook, netbook, computadoras, otros deben tener contraseñas

-las contraseñas deben ser seguras, combinar letras con números. Evitar que sean predecibles (ej. fechas de cumpleaños, número de documento, nombre de hijos o mascotas)

-nunca se deben compartir las contraseñas

-evitar utilizar la misma contraseña para acceder a todos los dispositivos o cuentas

Objetivamente hablando debemos ser conscientes que existen dificultades y obstáculos para combatir esta modalidad delictual siendo las principales el anonimato de los delincuentes, el acceso cada vez más fácil a internet y la ingenuidad de los menores que resultan víctimas.

¿Existen distintos tipos o perfiles de acosadores?

Actualmente existen ciertas tipologías de autores de este hecho, tales como:

1.- el directo: de manera activa interactúa en chats y redes sociales para individualizar e identificar a menores. Contacta directamente con la víctima y la propuesta es mantener sexo virtual.

2.- el oportunista: selecciona cuidadosamente a sus víctimas, estas debieron haber publicado imágenes o videos con algún tenor o contenido sexual. Una vez que encuentra a una víctima inician los chantajes.

3.- el específico: el único propósito es obtener imágenes sexuales del menor e iniciar el contacto sexual con la víctima.

LA IMPORTANCIA DE VELAR POR LOS NIÑOS ANTE LA POSIBILIDAD DE QUE SEAN VÍCTIMAS DE ESTE HECHO

En nuestro país se encuentra vigente la Ley 57/1990 “Que Aprueba y Ratifica La Convención de Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos Del Niño”, del 20 de Setiembre de 1990. Dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en el artículo 19 se establece que los Estados Partes incorporen dentro de sus sistemas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño, contra todo perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

BREVE REFLEXIÓN FINAL

A raíz de la pandemia y los tiempos que vivimos, la nueva normalidad y la modernidad nos llevó a utilizar la tecnología para las cosas más simples del día a día y justamente por ello es que todos debemos mantenernos lo más seguros posible.

No podemos ignorar que, así como la tecnología avanza para que podamos acceder a una infinidad de información, podemos tomar conocimiento de materias que antes incluso eran inaccesibles, agilizar trámites, comunicarnos a la distancia, interactuar con personas que habitan en distintas partes del mundo, etc.; estos avances también estarán vinculados a hechos delictuales que nos afectarán y vulnerarán bienes jurídicos. Por ello todos debemos hacer el mayor esfuerzo para intentar minimizar los perjuicios a los cuales a diario estamos expuestos.

Los autores de estos tipos de hechos poseen conocimientos técnicos superiores al común denominador de los usuarios de internet. Esto incluso hace que muchas veces las investigaciones de las autoridades se dificulten y requieran obligatoriamente la intervención de profesionales altamente capacitados para descubrir la verdad y sobre todo para probar lo sucedido.

Tampoco puede dejarse de lado que la rapidez con la que avanza la tecnología no deja de sorprendernos, lo que un día es lanzado como un descubrimiento novedoso, días después puede resultar obsoleto.

Finalmente, y de manera absolutamente objetiva debemos reconocer que, tomando los mínimos cuidados, internet no resulta del todo perjudicial para nuestras vidas. Independientemente a la edad que tengamos su uso resulta casi indispensable.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa – Budapest – 23 de noviembre de 2001.

2.- Ley 5994/2017 “Que aprueba la Convención sobre la Ciberdelincuencia, y el Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por medio de Sistemas Informáticos”.

3.- Código Penal de la República del Paraguay – ley 1160/1997

4.- Ley 4439/2011 “Que Modifica y Amplia varios artículos de la Ley Nro 1160/97 Código Penal”.

5.- Ley 57/1990 “Que aprueba y ratifica la Convención de los Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño” – 20 de setiembre de 1990

6.- Convención sobre los Derechos del Niño – 20 de noviembre de 1989.

7.- Informe Final y Resolución de la Asamblea General – Tercera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas – 1 al 3 de marzo de 2000 en la ciudad de San José – Costa Rica - AG/RES 1562 (XXVIII-0/98).



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

ACUERDO Y SENTENCIA N° 483

Cuestión debatida: *En el presente fallo traído a análisis, el accionante interpone una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 7409, de fecha 04 de julio del 2017, emanado del Presidente de la República. El mencionado decreto dispuso la transferencia en forma gratuita de los inmuebles en los que se encuentra enclavado el “Cerro Ñemby”. Asimismo, de la lectura del fallo, se aprecia que aún esta se encuentra pendiente de resolución una demanda de cumplimiento de contrato y cabe mencionar, además, la existencia del A.I. N° 158 de fecha 30 de marzo de 2017, por el que se resolvió otorgar la medida cautelar de prohibición de innovar sobre el estado actual en que se encuentra la cantera del Cerro Ñemby.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad.

Es esencial analizar las condiciones de admisibilidad de la acción que indefectiblemente determinan su procedencia. Cuando se advierte que se ha promovido un juicio ordinario sobre cumplimiento de contrato, el que se halla en trámite y donde se discute la existencia del vínculo contractual entre ésta y el Estado, así como sus consecuencias. Ello determina *prima facie* la improcedencia de esta acción, ya que, para que se configure una “cuestión justiciable” en la vía extraordinaria, debe demostrarse el agotamiento de las vías ordinarias.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. DOCTRINA. JURISPRUDENCIA.

Es pacífica la jurisprudencia de esta Corte y es doctrina unánimemente aceptada aquella que exige para la promoción de la acción, la observancia del principio de definitividad.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad constituye una vía de carácter excepcional, que se encuentra prevista para salvaguardar los principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional, no así para ventilar cuestiones de fondo y de forma que tienen su ámbito natural de dilucidación en las instancias ordinarias.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. JURISPRUDENCIA.

En el Acuerdo y Sentencia N° 186 del 16 de julio de 1998 -entre otros- que señala: “La acción de inconstitucionalidad es una acción autónoma cuya finalidad esencial es la de cuidar la vigencia del orden constitucional que pudiera verse afectado por cualquier norma o decisión. Pero de ninguna manera puede sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios, toda vez que éstos no configuren decisiones arbitrarias o aberrantes”.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Poderes. Facultades.

La Constitución Nacional, en su artículo 3°, dispone: “...El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público”.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Poderes. Deberes. Atribuciones.

La Carta Magna establece los deberes y atribuciones de cada uno de los tres poderes: Al Poder Legislativo le asiste, entre otras facultades, la de “determinar el régimen legal de enajenación y el de adquisición de los bienes fiscales, departamentales y municipales” (art. 202 inciso 7). Por su parte al

Poder Ejecutivo corresponde, primordialmente, dirigir la administración general del país, (art. 238, inc. 1) y al Poder Judicial se lo constituyó en custodia de la Constitución, con la facultad de interpretarla, cumplirla y hacerla cumplir (art. 247).

EXPROPIACIÓN. PODER EJECUTIVO. Principio de legalidad.

El Congreso Nacional sancionó la Ley N° 740/61 y su modificación la Ley N° 1092/66 por la cual dispuso un régimen legal para la adquisición de las tierras en las que está enclavado el “Cerro Ñemby”, que consistió en autorizar al Poder Ejecutivo a expropiar las tierras, y a destinar las sumas provenientes de la explotación. La actividad legislativa se halla enmarcada dentro del ámbito de las facultades otorgadas en la Constitución, por tanto, el Poder Legislativo obró en observancia del Principio de Legalidad.

PODER EJECUTIVO. Atribuciones.

Es atribución del Poder Ejecutivo dictar normas atinentes a la administración del Estado, y es aquí en donde nos encontramos con visos de inconstitucionalidad, dado que, a través del Decreto atacado de inconstitucional, el Presidente de la República dispuso la enajenación de bienes fiscales, cuya atribución es privativa del Congreso.

PODER EJECUTIVO. PODER LEGISLATIVO.

Al Poder Ejecutivo le corresponde la administración del Estado, y la norma impugnada constituye un acto de disposición que está reservado al Poder Legislativo.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El Principio de Legalidad encuentra su aplicación en la zona de reserva legislativa delimitada por la Constitución. A decir del doctrinario Bidart Campos “se llama *zona de reserva* de la ley el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa del congreso” (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, Ediar, Bs. As. 1992, pág. 227).

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Principio de Legalidad. Zona de Reserva.

Cuando el órgano desconoce u obvia la zona de reserva, el acto perturba derechos consagrados y protegidos por la propia Constitución, y se viola el sistema de independencia y equilibrio de los Poderes del Estado consagrado en el artículo 3°.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Principio de Legalidad. Principio de prelación de leyes.

La transferencia gratuita se ha dispuesto contrariando claros preceptos constitucionales establecidos en los arts. 3 y 202, en violación del Principio de Legalidad, así como en violación al régimen legal establecido por la Ley N° 740/61 y sus modificaciones. Además, nos encontramos ante una alteración del orden constitucional, violentando el Principio de Prolación de Leyes establecido en el Art. 137 de la Constitución Nacional, en el cual sitúa a las leyes dictadas por el congreso, en el caso particular la Ley N° 740/61 y su modificación Ley 1092/66, en un rango superior a la de un Decreto.

EXPROPIACIÓN. Procedencia. Utilidad Pública. INCONSTITUCIONALIDAD.

Es bien sabido que para la procedencia de la expropiación es indispensable la utilidad pública calificada por ley, circunstancia debidamente fundada en la Ley N° 740/61. Se advierte que el Decreto por el cual se dispuso la transferencia del bien expropiado, contraría y se aparta de la circunstancia que por Ley motivó su fin, por ende deja sin efecto una ley, que conforme a la norma constitucional invocada es de rango superior, lo que conlleva a la conclusión que el Decreto N° 7409/17 es inconstitucional (Voto en disidencia del Ministro Antonio Fretes).

C.S.J. Sala Constitucional. 23/12/2020 Causa: Acción de Inconstitucionalidad “Concret-Mix S.A. c/ Decreto N° 7.409 de fecha 04 de julio de 2017, emanado por el Presidente de la República” (Ac. y Sent. N° 483).

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada, la Doctora **BAREIRO DE MÓDICA** dijo: El Abogado Emigdio Loreiro Arguello, en representación de la firma CONCRET-MIX S.A., conforme al Poder General que adjunta, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 7409, de fecha 4 de julio de 2017 *“Por el cual se transfieren de forma gratuita los inmuebles expropiados, de conformidad con el Decreto N° 20.165 del 19 de Enero de 1962 “Por el cual se expropián los inmuebles en que se halla enclavado el Cerro Ñemby a favor de la Municipalidad de Ñemby, Departamento Central”, dictado por la Presidencia de la República.*

El accionante sostiene en resumen lo siguiente:

a) En cuanto a la **legitimación activa** para promover la acción, se sustenta en el derecho de propiedad sobre inmuebles que se encuentran en el perímetro del Cerro Ñemby; la existencia de un contrato de arrendamiento y explotación de la cantera del Cerro Ñemby de fecha 9 de enero de 2013, aprobado por Decreto N° 11125, de fecha 28 de mayo de 2013 y la Adenda N° 1 al contrato de arrendamiento y explotación de la cantera del Cerro Ñemby, firmada entre la firma CONCRET-MIX S.A. y el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en fecha 2 de julio de 2013; las consecuencias procesales irreversibles en el juicio caratulado: “Concret-Mix S.A. c/ Procuraduría General de la República s/ cumplimiento de contrato”, que genera el Decreto N° 7409, así como las medidas cautelares de prohibición de innovar y contratar sobre la cantera del Cerro Ñemby. Afirma el accionante que todo lo mencionado justifica de sobremanera la legitimación activa de la firma Concret-Mix S.A. para la promoción de la presente acción de inconstitucionalidad.

b) Fundamentos de la inconstitucionalidad: Arguye el accionante que con el Decreto N° 7409 se ha violado el artículo 47 numeral 2, 127 y 248 de la Constitución Nacional, pues el Poder Judicial, mediante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala, en el marco del juicio: “Concret-Mix S.A. c/ Procuraduría General de la República s/ cumplimiento de contrato”, dictó el A.I. N° 158 de fecha 30 de marzo de 2017, por el cual resolvió otorgar la medida cautelar de prohibición de innovar sobre el estado actual en que se encuentra la cantera del Cerro Ñemby, ínterin se sustancie el juicio así como la prohibición de contratar sobre el mismo bien. Dicha resolución judicial fue notificada a las partes, encontrándose firme y ejecutoriada al momento de dictarse el Decreto Presidencial atacado de in-

constitucional. Desde el momento en que el Poder Judicial decretó las medidas cautelares referidas, mal pudo el Poder Ejecutivo dictar el Decreto N° 7409, por el cual se transfieren los inmuebles en los cuales se encuentra enclavado el Cerro Ñemby, a la Municipalidad de Ñemby. Según arguye el accionante, por tal motivo, el Decreto atenta claramente contra la independencia del Poder Judicial, garantizada por el artículo 248 de la Constitución, en concordancia con el artículo 127, en atención a que viola de forma innegable las medidas cautelares dispuestas. Así las cosas, en los términos en que fue dictado el Decreto, se posiciona al acto administrativo en la situación prevista en el artículo 1 de la Ley N° 4711/12 “Que sanciona el desacato de una orden judicial”. Por otra parte, sigue manifestando el accionante que de la lectura del Decreto N° 7409 de fecha 4 de julio de 2017, dictado por el Poder Ejecutivo, surge que el mismo no cumple con lo previsto por la Ley N° 740/61 “*Que crea un régimen de expropiación de canteras y venta de piedra bruta para las obras viales de la República Argentina*” y el Decreto N° 20.165/62, del 19 de enero del año 1962 “*Por el cual se expropian los inmuebles en que se halla enclavado el Cerro Ñemby*”, habida cuenta de que es totalmente contrario a ambos instrumentos normativos, en cuanto a los fines de los mismos. Por el principio de legalidad, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la Ley y al Derecho, dentro de las facultades atribuidas. Solamente pueden realizar lo que la ley les autoriza. En oportunidad del dictamiento de la Ley de expropiación del Cerro Ñemby, el Congreso Nacional estableció el destino del inmueble expropiado (extracción y explotación de piedras). Por esta razón, conforme al principio de legalidad y a las funciones administrativas, aquella pasó a manos del Poder Ejecutivo para su cumplimiento. Este último, por tanto, no puede cambiar el destino del mismo, mediante un Decreto, pues el procedimiento y la facultad para ello solo es atribuible institucionalmente al Congreso de la República, en virtud al Art. 202 numeral 2 de la Ley Suprema. En consecuencia, insiste el accionante en que se ha conculcado el citado principio de legalidad.

Igualmente, el representante de la firma CONCRET-MIX S.A. sostiene que el Decreto N° 7409 emanado del Presidente de la República es contrario al artículo 238 de la Constitución ya que categóricamente “no es un acto de administración” sino de “disposición”, términos totalmente distintos. Interpretar que el artículo 238 numeral 1) de la Constitución autoriza a quien ejerce la presidencia de la República a enajenar gratuitamente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

inmuebles que son propiedad del dominio privado del Estado, es totalmente contrario a la misma, como lo es también el Decreto N° 7409 de fecha 4 de julio de 2017 y así debe ser declarado por la Excelentísima Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, enfatiza. El único poder del Estado facultado a realizar actos de disposición para la adquisición por vía de la expropiación para la donación de los inmuebles del dominio privado del Estado es el Poder Legislativo, por imperio del artículo 202 numeral 7 de la Constitución. El único poder del Estado facultado a realizar enajenaciones o autorizar la explotación, extracción o transformación por tiempo determinado de materiales sólidos, líquidos y gaseosos, es el Poder Legislativo, representado por Congreso Nacional. Por tanto, el Decreto tachado de inconstitucional representa una clara injerencia del Poder Ejecutivo dentro de las facultades del Poder Legislativo, motivo por el cual aquel es contrario al artículo 3 de la Ley Fundamental. Finalmente agrega el accionante que al momento de dictar el decreto en cuestión, el Poder Ejecutivo violó de manera flagrante el artículo 137 *in fine* de la Constitución.

En conclusión, el accionante refiere que *“el Decreto N° 7409, de fecha 4 de julio de 2017, emanado del Presidente de la República viola manifiestamente el Estado de Derecho que debe primar y que garantiza la Constitución Nacional, y más grave aún, al haber sido dictado ante la existencia de una prohibición judicial de innovar y contratar. Es por ello que el Poder Ejecutivo ciertamente violó y se extralimitó en sus funciones administrativas pues, la transferencia de un inmueble es un acto evidentemente de disposición y no de administración, atribuyéndose a la par funciones legislativas, pues el Congreso Nacional es el único órgano jurisdiccional competente para autorizar la transferencia de bienes del Estado por medio de una ley”*.

El Fiscal Adjunto, Abogado Edgar Moreno, se expidió conforme a los términos del dictamen N° 623, del 19 de abril de 2018, opinando que corresponde el rechazo de la presente acción (fs. 147/51). Sostuvo el Fiscal que la resolución por la que se dispuso medidas cautelares estableció que debía otorgarse previamente una caución. Si bien dicha resolución es de fecha 30 marzo de 2017 y el decreto atacado fue dictado en fecha 4 de julio de 2017, el Juez que entiende en el juicio, a través de un oficio, informó que hasta la fecha (6 de octubre de 2017), la caución aún no fue otorgada, lo que significa que la firma Concret-Mix S. A. hasta ese momento no había dado cumplimiento al presupuesto previo -contracautela- para el otorgamiento de la me-

dida cautelar de prohibición de innovar y prohibición de contratar. Puntualiza el Fiscal diciendo que esta situación nos lleva a concluir que no existe agravio de parte del accionante que le otorgue la afectación necesaria para atacar el Decreto en cuestión, ya que a la fecha en que se dictó este Decreto, las medidas cautelares si bien fueron dispuestas, aún no se encontraban trabadas, por lo que mal podríamos sostener que el Poder Ejecutivo atentó contra la independencia del Poder Judicial. Con relación al otro agravio del accionante, agrega el Fiscal que a la fecha existe un juicio ordinario sobre cumplimiento de contrato iniciado por la firma Concret-Mix S.A., en el cual se discute la eventual existencia de un vínculo contractual vigente entre la citada firma y el Estado, razón suficiente para considerar que habiendo un litigio judicial en curso, el argumento expuesto a través de la presente acción de inconstitucionalidad no puede ser atendido, ya que mal podría la Excma. Corte Suprema de Justicia estudiar la pretensión basada en el argumento citado, sin que a la fecha el accionante tenga la afectación necesaria y requerida por el art. 550 del C.P.C. Concluye señalando que en estas condiciones, el accionante equivocadamente podría sentirse agraviado.

Antes de entrar al estudio pertinente, es necesario hacer un **recuento de los antecedentes del caso:**

En fecha 31 de agosto de 1961 se promulgó la Ley N° 740 *“Que crea un régimen de expropiación de canteras y venta de piedras para obras viales de la República Argentina”*. En el artículo 3° de la mencionada ley, se facultaba al Poder Ejecutivo a decretar la expropiación de las propiedades que fueran necesarias para el fin señalado, previa determinación en cada caso de las canteras a ser utilizadas y de la indemnización a ser pagada a los propietarios.

Por Decreto N° 20165, de fecha 19 de enero de 1962, fueron expropiados los inmuebles en que se halla enclavado el Cerro Ñemby y fueron declarados de utilidad social. En el artículo 3° se autorizaba al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones a ocupar el inmueble expropiado y hacer efectiva su explotación inmediata.

Por Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones N° 810, del 9 de diciembre de 1963, fue creada una Comisión de liquidación y pago de indemnizaciones a los propietarios de los inmuebles ubicados en el Cerro Ñemby y sus adyacencias, expropiados de conformidad a la Ley N° 740.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El 17 de noviembre de 1989, mediante Decreto N° 3672, se adjudicó el arrendamiento para la explotación de la Cantera Ñemby a la empresa Concret-Mix S.A. y se autorizó al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones a suscribir el correspondiente contrato. El 26 de diciembre de 1989, por el Decreto N° 4679/1990, fue aprobado el contrato de arrendamiento por el plazo de 10 años.

El 9 de marzo del 2000, por Decreto N° 7860, se adjudicó nuevamente el arrendamiento para la explotación de la Cantera Ñemby a la empresa Concret-Mix S.A. y se autorizó al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones a suscribir el correspondiente contrato. El 28 de marzo de 2000 por el Decreto N° 8083/2000 fue aprobado el citado contrato por el plazo de 10 años.

Por Decreto N° 5201, de fecha 7 de octubre de 2010 se dispuso la aprobación del Contrato de arrendamiento para la explotación de la Cantera a la empresa Concret-Mix S.A., en esta oportunidad por el plazo de 2 años.

Por Decreto N° 11125 de fecha 28 de mayo de 2013, se aprobó nuevamente el contrato de arrendamiento y explotación de la cantera, firmado en fecha 9 de enero de 2013, por un plazo de 3 años.

Según sostuvo la empresa Concret-Mix S.A., posteriormente fue firmada una adenda al contrato referido, extendiendo el plazo de arrendamiento a 10 años.

Por resolución N° 707 del 9 de mayo de 2016, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones dispuso la creación de una Comisión receptora de la Cantera del Cerro Ñemby, a fin de tomar posesión de la misma al vencimiento del contrato de arrendamiento vigente hasta el día 28 de mayo de 2016.

Contra la citada resolución ministerial, la empresa Concret-Mix S.A. interpuso recurso de reconsideración, el que fue rechazado por Resolución N° 879 del 2 de junio de 2016, ratificándose la extinción del contrato de arrendamiento.

De esta decisión fue notificada la empresa Concret-Mix S.A., según consta en los expedientes que se tienen a la vista. No se advierte que se haya recurrido la resolución administrativa.

Por otra parte, la empresa Concret-Mix S.A. promovió demanda ordinaria de cumplimiento de contrato contra el Estado paraguayo, la cual se encuentra en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Cuarto Turno de la Capital.

Igualmente, obra en autos compulsas del expediente caratulado: “Concret-Mix S.A. c/ Municipalidad de Ñemby s/ Interdicto de retener la posesión”, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de la ciudad de Lambaré. En este expediente, por S.D. N° 446, de fecha 20 de diciembre de 2017, el Juzgado, entre otros puntos, declaró la improponibilidad de la demanda por impedimento legal. El representante de la firma actora interpuso recursos de apelación y nulidad contra la sentencia definitiva pero posteriormente desistió de los mismos.

Estudio de la acción de inconstitucionalidad:

El Decreto N° 7409, de fecha 4 de julio de 2017, emanado de la Presidencia de la República, objeto de la presente acción, dispuso: “*Art. 1°.- Transfírase, en forma gratuita, a favor de la Municipalidad de la ciudad de Ñemby, Departamento Central, los inmuebles en que se halla enclavado el “Cerro Ñemby”, y que fueran expropiados, de conformidad con el exordio de este acto administrativo, cuyas dimensiones y linderos serán determinados en una mensura, a ser llevada a cabo por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, una vez dictado el presente Decreto. Art. 2°.- El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en el plazo de sesenta (60) días, a partir de la publicación de este Decreto en la Gaceta Oficial, deberá remitir copia autenticada de todos los antecedentes que obren en su archivo referentes a dicha expropiación a la Municipalidad de Ñemby, de los terrenos situados en el “Cerro Ñemby”, que se encuentren inscriptos en los Registros Públicos a nombre de dicha Secretaría de Estado, quedando a cargo del mencionado Municipio, la titulación de los restantes terrenos en el citado cerro (...)*”.

En primer lugar, es esencial analizar las condiciones de admisibilidad de la acción que indefectiblemente determinan su procedencia. Atendiendo a las constancias de autos, las circunstancias y los antecedentes relatados, se advierte que la firma Concret-Mix S.A. ha promovido un juicio ordinario sobre cumplimiento de contrato, el que se halla en trámite y donde se discute la existencia del vínculo contractual entre ésta y el Estado así como sus consecuencias. Ello determina *prima facie* la improcedencia de esta acción, ya que, para que se configure una “cuestión justiciable” en la vía extraordinaria, debe demostrarse el agotamiento de las vías ordinarias.

Es pacífica la jurisprudencia de esta Corte y es doctrina unánimemente aceptada aquella que exige para la promoción de la acción, la observancia del principio de definitividad, *“que se aplica cuando se reclaman actos concretos de afectación de los derechos fundamentales y que obliga a los promoventes, salvo supuestos excepcionales, a agotar los medios de defensa ante los órganos judiciales ordinarios previamente a la interposición de los instrumentos protectores en los tribunales o cortes constitucionales”* (Héctor Fix-Zamudio, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina”, “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Bogotá, 1995, p. 49).

En este orden de cosas, corresponde mencionar que la acción de inconstitucionalidad constituye una vía de carácter excepcional, que se encuentra prevista para salvaguardar los principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional, no así para ventilar cuestiones de fondo y de forma que tienen su ámbito natural de dilucidación en las instancias ordinarias. Este alto Tribunal así lo entendió en el Acuerdo y Sentencia N° 186 del 16 de julio de 1998 -entre otros-, que señala: *“La acción de inconstitucionalidad es una acción autónoma cuya finalidad esencial es la de cuidar la vigencia del orden constitucional que pudiera verse afectado por cualquier norma o decisión. Pero de ninguna manera puede sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios, toda vez que éstos no configuren decisiones arbitrarias o aberrantes (...)”*.

En el caso que nos ocupa, el propio accionante advirtió a esta Corte que se encuentra en trámite el juicio promovido por su parte sobre cumplimiento de contrato. Estando pendiente en el fuero civil la decisión definitiva en el juicio caratulado: “Concret-Mix S.A. c/ Procuraduría General de la República s/ cumplimiento de contrato”, que determinará el interés sobre el contenido del acto normativo atacado, esta instancia queda impedida para pronunciarse sobre el fondo.

Por tanto, y en concordancia con el parecer de la Fiscalía General del Estado, corresponde el rechazo de la presente acción. Es mi voto.

A su turno, el Doctor **DIESEL JUNGHANNS** dijo: Manifiesto mi adhesión al voto de la Ministra Gladys Bareiro de Módica, en cuanto al rechazo de la presente acción por sus mismos fundamentos, y amplió cuanto sigue:

Se presenta ante esta Corte el Abg. Emigdio Loreiro Arguello en representación de la firma Concret-Mix S.A. bajo patrocinio de las Abgs. Ka-

ren Loreiro y Patricia Amarilla Stete, a promover acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 7409 de fecha 4 de julio de 2017 *“Por el cual se transfieren de forma gratuita, los inmuebles expropiados, de conformidad con el Decreto 20165 del 19 de enero de 1962 “Por el cual se expropián los inmuebles en que se haya enclavado el cerro Ñemby” a favor de la Municipalidad de Ñemby, Departamento Central”*.

El Decreto N° 7409 de fecha 4 de julio de 2017, establece: **Art. 1°.** *Transfíerese, en forma gratuita, a favor de la Municipalidad de la ciudad de Ñemby, Departamento Central, los inmuebles en que se haya enclavado el “Cerro Ñemby” y que fueron expropiados, de conformidad con el exordio de este acto administrativo, cuyas dimensiones y linderos, serán determinados en una mensura, a ser llevada a cabo por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, una vez dictado el presente Decreto.* **Art. 2°.** *El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, en el plazo de sesenta (60) días, a partir de la publicación de este Decreto en la Gaceta Oficial, deberá remitir copia autenticada de todos los antecedentes que obren en su archivo referentes a dicha expropiación a la Municipalidad de Ñemby, de los terrenos situados en el “Cerro Ñemby” que se encuentren inscriptos en los Registros Públicos a nombre de dicha Secretaría de Estado, quedando a cargo del mencionado Municipio, la titulación de los restantes terrenos en el citado cerro.* **Art. 3°.** *El presente Decreto será refrendado por el Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones.* **Art. 4°.** *Comuníquese, publíquese e insértese en el Registro Oficial”*.

Como fundamento de esta acción de inconstitucionalidad el accionante aduce que el decreto impugnado viola los preceptos constitucionales establecidos en los Arts. 47 num. 2 *“De las garantías de la igualdad. La igualdad ante las leyes”*, 127 *“Del cumplimiento de la ley”*, 248 *“De la independencia del Poder Judicial”* y 238 *“De los deberes y atribuciones del Presidente de la República”* de la Constitución Nacional. Basa principalmente su inconstitucionalidad en que con el Decreto N° 7409/2017 se desconoce la medida cautelar de prohibición de innovar y de contratar dispuesta por A.I. N° 158 de fecha 30 de marzo de 2017 del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la capital, dictado en los autos *“Concret-Mix S.A. c/ Procuraduría General de la República s/ cumplimiento de contrato”*, por lo que habría lesión a la independencia del Poder Judicial. Asimismo, objeta el cambio de destino del inmueble, pues en oportunidad del dictamiento de la Ley de expropiación del Cerro Ñemby, se estableció que la

misma era para fines de extracción y explotación de piedras y no para espacio público de recreación y esparcimiento de sus habitantes.

El Fiscal Adjunto, encargado de la atención de expedientes y vistas dirigidas a la Fiscalía General del Estado, Edgar Moreno, aconseja rechazar la presente acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto N° 7409 de fecha 4 de julio de 2017 (Dictamen N° 623 de fecha 19 de abril de 2018 - fs. 147/151).

Procediendo al análisis de la cuestión sometida a consideración de esta Sala, en primer término, vemos que el decreto atacado transfiere en forma gratuita a la Municipalidad de Ñemby unos inmuebles que fueron expropiados para explotación como cantera en el año 1961 (Cerro Ñemby). En base a la **Ley N° 740/1961** el Gobierno Nacional debía facilitar al Gobierno Argentino o a los Contratistas autorizados por el mismo la provisión de piedra bruta destinada a la pavimentación de la Ruta N° 11, de dicho país, que une las ciudades de Clorinda y Rosario, entre las Provincias de Formosa, Chaco y Santa Fe, en una cantidad estimativa de U\$S. 1.200.000 (Dólares Americanos Un Millón Doscientos Mil). Asimismo, fueron declaradas de utilidad social y sujeta a expropiación las propiedades en que se encuentran canteras de piedras, aptas para la provisión de piedra bruta, y teniendo en cuenta el régimen constitucional de ese entonces, se facultó al Poder Ejecutivo a disponer cuales serían las fincas a ser expropiadas.

Posteriormente, en el año **1989**, mediante el **Decreto N° 3672**, se inició un arriendo del Estado a favor de Concret-Mix S.A. que fue prolongándose por sucesivos actos (decretos), sin embargo, la prórroga a partir del año 2013 se sustenta en una Adenda celebrada con el Ministerio de Obras Públicas por el cual se “prorroga el plazo de validez del Contrato por el plazo de diez (10) años, con una vigencia hasta el 28 de mayo de 2023”. Adenda ésta que no tiene el respaldo de un Decreto.

Finalmente, el 4 de julio de 2017, el Poder Ejecutivo dicta el **Decreto N° 7409 de fecha 4 de julio de 2017** “Por el cual se transfieren de forma gratuita, los inmuebles expropiados, de conformidad con el Decreto 20165 del 19 de enero de 1962 “Por el cual se expropián los inmuebles en que se haya enclavado el cerro Ñemby a favor de la Municipalidad de Ñemby, Departamento Central”, hoy impugnado en esta acción.

Por otra parte, de las constancias de las compulsas traídas a la vista de estos autos surge que la firma Concret-Mix S.A. había promovido varias demandas civiles con relación al inmueble en litigio para hacer valer su

arrendamiento y la Adenda última -Nº 1 al Contrato de Arrendamiento y Explotación de la Cantera suscripta en fecha 2 de julio de 2013-, obteniendo el dictado de una medida cautelar mediante el A.I. Nº 158 del 30 de marzo de 2017 del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala. En ese sentido, se encuentran agregados a autos por cuerdas separadas las compulsas de los procesos vinculados a la presente acción: “*Compulsas del expediente: “Concret-Mix S.A. c/ Procuradoría General de la República s/ cumplimiento de contrato”, “Concret-Mix S.A C/ Municipalidad de Ñemby s/ interdicto de retener la posesión” y “Municipalidad de Ñemby c/ Concret-Mix S.A. s/ nulidad de acto jurídico”.*

Ahora bien, el mencionado A.I. Nº 158/2017 dictado por el Ad-quem, en su parte pertinente, establece: “...3. **OTORGAR** previa caución la prohibición de innovar sobre el estado actual en que se encuentra la cantera de Ñemby, ínterin se sustancie el presente juicio, sin que esta medida importe limitación a las facultades del MOPC para la adopción de medidas de seguridad para la protección en el desplazamiento de quienes transitan por el lugar ni las de saneamiento ambiental que fueren requeridas ni de aquellas que otorga la Ley de Minas Nº 3180/07. 4. **OTORGAR**, previa caución, la prohibición de contratar sobre el mismo bien, con el objeto de otorgar una nueva concesión a otra empresa. 5. **OTORGAR** ambas medidas con la caución de la firma Concret-Mix S.A. debiendo contar quien la otorgue y representante con la autorización de quienes integran el Directorio, para lo cual deberán acompañar oportunamente la documentación societaria justificativa pertinente...”. (f.24, copia de los autos: “Concret-Mix S.A. c/ Municipalidad de Ñemby s/ Interdicto de Retener la Posesión”).

En ese sentido, la resolución por la cual se otorgaron las medidas cautelares, que el accionante dice haberse vulnerado con el Decreto impugnado, estableció que previamente se cumpla con el requisito de la caución, y que según se constata con el Oficio Nº 671 de fecha 6 de octubre de 2017 agregado a f. 193 de las compulsas del expediente “Concret-Mix S.A. c/ Procuraduría General s/ cumplimiento de contrato”, tal caución al día 6 de octubre de 2017 no fue otorgada por parte de Concret-Mix S.A. Es decir, las medidas cautelares manifestadas por el accionante, si bien fueron dispuestas por el Tribunal de Apelación, no existe constancia de que las mismas fueran trabadas a la fecha del dictado del Decreto hoy impugnado, por falta de contracautela por parte del interesado, por lo que mal podría el accionante soste-

ner que hubo lesión a la independencia al Poder Judicial, sino por el contrario, como bien se expidió la Fiscalía General del Estado en el dictamen N° 623/2018 *“esta situación lleva a concluir que no existe agravio de parte del accionante que le otorgue la afectación necesaria para atacar el Decreto en cuestión”*.

En conclusión, tanto del Decreto N° 20165 del 19 de enero de 1962 “Por el cual se expropiaban los inmuebles en que se haya enclavado el cerro Ñemby” como del Decreto N° 7409 del 4 de julio de 2017 “Por el cual se transfieren de forma gratuita, los inmuebles expropiados, de conformidad con el Decreto N° 20165 del 19 de enero de 1962”, la firma Concret-Mix S.A. no surge como sujeto afectado, por lo que mal podría recurrir contra ninguno de estos Decretos, ello conforme al Art. 550 del C.P.C. en concordancia con el Art. 12 de la Ley N° 609/95. Entonces, la firma Concret-Mix S.A. no se ve afectada por la supuesta intromisión a las facultades del Poder Judicial ni por alguna violación a las normas que refieren al derecho a la igualdad, al cumplimiento de la Ley y la independencia del Poder Judicial. Todo sin perjuicio de las vías ordinarias que ejercita efectivamente, tal como señaló la colega preopinante.

A su turno, el Doctor **FRETES** dijo: El Abogado Emigdio Loreiro Arguello, en nombre y represe de la firma CONCRET-MIX S.A., bajo patrocinio de las Abogadas Patricia Amarilla Stete y Karen Loreiro, plantea acción de inconstitucionalidad contra la el Decreto N° 7409/17 “Por el cual se transfiere en forma gratuita, los inmuebles expropiados, de conformidad con el Decreto 20.165 del 19 de enero de 1962 “por el cual se expropiaban los inmuebles en que se haya enclavado el Cerro Ñemby” a favor de la Municipalidad de Ñemby, Departamento Central”, alegando la conculcación del Art. 3, Art. 47, Art. 127 *in fine*, Art. 137, Art. 202 numeral 7) y 11), y Art. 238 numeral 1) de la Constitución de la República del Paraguay.

La normativa atacada dispone:

“El Presidente de la República del Paraguay DECRETA

Artículo 1°- Transfírase, en forma gratuita, a favor de la Municipalidad de la ciudad de Ñemby, Departamento Central, los inmuebles en que se haya enclavado el “Cerro Ñemby, Departamento Central, y que fueron expropiados, de conformidad con el exordio de este acto administrativo, cuyas dimensiones y linderos, serán determinados en una mensura, a ser llevada a cabo por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, una vez dictado el presente Decreto...”

La firma Concret-Mix S.A. alega que posee legitimación para plantear la presente acción en cuanto es propietaria de los inmuebles individualizados como Finca N° 2666, Finca N° 13.183, Finca N° 1149 (Padrón 3097), Finca N° 1149 (Padrón 3096), Finca N° 1086, Finca N° 4723 y Finca N° 3584, los cuales se encuentran en el perímetro del Cerro Ñemby, conforme títulos inscriptos en la Dirección General de los Registros Públicos. Manifiesta que en virtud de lo dispuesto por el Decreto N° 7409/17 la Municipalidad de Ñemby inició un juicio de nulidad de acto jurídico en su contra, dentro del cual solicitó medidas cautelares gravosas a sus derechos, y asimismo pretendió tomar posesión de los inmuebles, razón por la cual se planteó un interdicto de retener posesión. Manifiesta asimismo la existencia de un contrato de arrendamiento y explotación de la Cantera del Cerro Ñemby aprobado por Decreto, celebrado con el Ministerio de Obras Públicas y Comunicación; respecto del cual inició juicio de cumplimiento de contrato contra la Procuraduría General de la República, habiéndose dictado la medida de prohibición de innovar y contratar sobre la cantera.

La presente acción inconstitucionalidad se funda principalmente en los siguientes argumentos:

El Decreto dispuso la transferencia gratuita de los inmuebles no obstante la prohibición de innovar y contratar decretada el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Primera Sala de esta Capital, por A.I. N° 158 de fecha 30 de marzo de 2017, incurriendo de desacato de una orden judicial, y violando la independencia de los Poderes del Estado, y conculcando los Arts. 47 numeral 2, 127 y 248 de la Constitución.

El Poder Ejecutivo no se encontraba autorizado a transferir en forma gratuita los inmuebles donde se encuentra enclavado el Cerro Ñemby en razón de que los mismos fueron expropiados por Decreto N° 20.165/62 en cumplimiento a la Ley N° 740/61 que crea un régimen de expropiación de canteras y venta de piedra bruta a la República Argentina para las obras viales, posteriormente modificada por Ley 1092/66 que crea y reglamenta una cuenta especial para fines determinados. El Decreto viola el principio de legalidad al apartarse de los fines dispuestos por el Congreso de la República para la expropiación, y transgrede el Art. 202 numeral 2 de la Ley Fundamental.

El Poder Ejecutivo no tiene facultad para disponer de bienes del dominio privado del Estado, por tanto ha transgredido lo dispuesto en los Arts. 3, 202 y 238 de la Carta Magna.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En cuanto al primer argumento, el accionante no ha acreditado la vigencia de la medida cautelar de no innovar y contratar dispuesta respecto de los inmuebles objeto de la transferencia gratuita a favor de la Municipalidad de Ñemby por el Decreto impugnado. En efecto, según las afirmaciones esgrimidas por el representante de la firma accionante, la medida fue dispuesta por A.I. N° 150 de fecha 30 de marzo de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sin embargo analizadas las constancias de autos, las compulsas de los juicios principales que corren por cuerda separada, y en especial del expediente caratulado: “COMPULSAS EN EL EXPTE. CONCRET MIX S.A. C/ PROCURADURIA GRAL. DE LA RCA. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, se advierte que dicha resolución no obra en las actuaciones arrimadas.

No solo se constata la inexistencia en autos de las medidas cautelares invocadas por la accionante, sino que además, de la atenta lectura de las citadas compulsas se advierte que a foja 202 obra fotocopia autenticada del Oficio N° 671 del 6-de octubre de 2017 librado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Cuarto Turno de la Capital, en contestación Ministerio Público, donde hace referencia al A.I. N° 150 dictado por el Tribunal de Apelaciones en grado de apelación, e informa que por el Interlocutorio resolvió revocar la providencia recurrida y otorgó, previa caución, la prohibición de innovar sobre el estado actual en que se encontraba la cantera de Ñemby, ínterin se sustanciaba el juicio, y asimismo otorgó la prohibición de contratar sobre el mismo bien, con el objeto de otorgar una concesión a otra empresa; en cuanto a la caución resolvió que debía ser prestada por la firma, debiendo contar quien la otorgue y represente con la autorización de quienes integran su Directorio; concluye el magistrado de Primera Instancia informando que hasta la fecha del Oficio la caución no había sido otorgada por la firma Concret-Mix S.A.

De todo ello surge que el accionante no ha acreditado el extremo alegado, esto es la vigencia de medidas cautelares dispuestas respecto de la *res litis* vinculada con la acción que nos ocupa, sino que por el contrario, de las constancias analizadas surge que la contracautela requerida para el otorgamiento de las medidas no había sido otorgada. Por tanto no corresponde atender el planteamiento formulado.

Seguidamente el accionante alega que el Decreto es violatorio del principio de legalidad al apartarse de los fines dispuestos por el Congreso

de la República para la expropiación y por no poseer el Poder Ejecutivo facultad para disponer de los bienes del Estado.

En este punto es necesario hacer una relación circunstanciada de la situación jurídica que precedió a la norma impugnada: Por Ley N° 740/61 el Gobierno creó un “Régimen de Expropiación de Canteras y Venta de Piedra Bruta para las Obras Viales de la República Argentina”, mediante por el cual facilitaría al Gobierno de la República Argentina la provisión de piedra bruta para la construcción de la Ruta N° 11, a cambio de una suma de dinero establecida; para dicho fin el Congreso autorizaba al Poder Ejecutivo a expropiar las tierras necesarias y a crear una cuenta especial para depositar los fondos recaudados; que serían destinados a la indemnización emergente de las expropiaciones. A fin de dar cumplimiento a lo reglamentado por la Ley N° 740, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 20.165/62 por el cual dispuso la expropiación de los inmuebles en que se halla enclavado el Cerro Ñemby y autorizó al Ministerio de Obras Públicas a ocupar el inmueble expropiado. Poco después, por Ley N° 1092/66 el Congreso introduce una modificación a los fines de la expropiación: aprueba el Decreto - Ley N° 369, modificando la Ley N° 740/61 en el sentido de que los fondos depositados en la cuenta especial provenientes de la explotación de piedra del cerro Ñemby serán aplicados a los siguientes fines: Indemnización por expropiación de inmuebles privados; Pago por explotación de canteras; Plan vial, Obras Públicas y los compromisos contraídos con el Banco Central del Paraguay por estos conceptos; Seguridad, fiscalización y gastos administrativos, municiones y los compromisos contraídos con el Banco Central del Paraguay por estos conceptos; Fomento y turismo.

Recientemente, por el Decreto N° 7490/17 hoy atacado de inconstitucional, el Presidente de la República del Paraguay decretó la transferencia en forma gratuita de los inmuebles en que se haya enclavado el “Cerro Ñemby” a favor de la Municipalidad de la ciudad de Ñemby, Departamento Central.

Aclarada las circunstancias que rodean al caso en cuestión corresponde determinar si el Decreto objeto de la acción es violatorio de la Constitución.

La Constitución Nacional, en su artículo 3°, dispone: “...El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de

independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público”.

La Carta Magna establece asimismo los deberes y atribuciones de cada uno de los tres poderes: Al Poder Legislativo le asiste, entre otras facultades, la de “determinar el régimen legal de enajenación y el de adquisición de los bienes fiscales, departamentales y municipales” (art. 202 inciso 7). Por su parte al Poder Ejecutivo corresponde, primordialmente, dirigir la administración general del país, (art. 238, inc. 1) y al Poder Judicial se lo constituyó en custodia de la Constitución, con la facultad de interpretarla, cumplirla y hacerla cumplir (art. 247).

En lo concerniente al caso traído a estudio, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 740/61 y su modificación la Ley N° 1092/66 por la cual dispuso un régimen legal para la adquisición de las tierras en las que está enclavado el “Cerro Ñemby”, que consistió en autorizar al Poder Ejecutivo a expropiar las tierras, y a destinar las sumas provenientes de la explotación a los fines taxativamente enumerados y transcritos anteriormente. La actividad legislativa se halla enmarcada dentro del ámbito de las facultades otorgadas en la Constitución, por tanto el Poder Legislativo obró en observancia del Principio de Legalidad.

En lo que respecta al Gobierno Central, entiéndase el Poder Ejecutivo, es su atribución dictar normas atinentes a la administración del Estado. Y es aquí en donde nos encontramos con visos de inconstitucionalidad, dado que a través del Decreto atacado de inconstitucional, el Presidente de la República dispuso la enajenación de bienes fiscales, cuya atribución es privativa del Congreso.

Tal como se mencionara anteriormente, al Poder Ejecutivo le corresponde la administración del Estado, y la norma impugnada constituye un acto de disposición que está reservado al Poder Legislativo.

Sabido es que el Principio de Legalidad encuentra su aplicación en la zona de reserva legislativa delimitada por la Constitución. A decir del doctrinario Bidart Campos “se llama *zona de reserva* de la ley el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa del congreso” (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo 1, Ediar, Bs. As. 1992, pag. 227).

Cuando el órgano desconoce u obvia la zona de reserva, el acto perturba derechos consagrados y protegidos por la propia Constitución, y se

JURISPRUDENCIA

viola el sistema de independencia y equilibrio de los Poderes del Estado consagrado en el anteriormente transcrito artículo 3°.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la transferencia gratuita se ha dispuesto contrariando claros preceptos constitucionales establecidos en los arts. 3 y 202, en violación del Principio de Legalidad, así como en violación al régimen legal establecido por la Ley N° 740/61 y sus modificaciones.

De todo ello surge que además nos encontramos ante una alteración del orden constitucional, violentando el Principio de Prelación de Leyes establecido en el Art. 137 de la Constitución Nacional, en el cual sitúa a las leyes dictadas por el congreso, en el caso particular la Ley N° 740/61 y su modificación Ley 1092/66, en un rango superior a la de un Decreto, herramienta por la cual se instrumentó la transferencia agravada al accionante. Es bien sabido que para la procedencia de la expropiación es indispensable la utilidad pública calificada por ley, circunstancia debidamente fundada en la Ley N° 740/61. Remontándonos al meollo de la cuestión se advierte que el Decreto por el cual se dispuso la transferencia del bien expropiado, contraría y se aparta de la circunstancia que por Ley motivó su fin, por ende deja sin efecto una ley, que conforme a la norma constitucional invocada es de rango superior, lo que conlleva a la conclusión que el Decreto N° 7409/17 es inconstitucional.

En atención a todo lo precedentemente expuesto, a las disposiciones legales y constitucionales señaladas, y visto el parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar a la presente acción y en consecuencia declarase inconstitucional y por ende inaplicable el Decreto N° 7409/17 “Por el cual se transfiere en forma gratuita, los inmuebles expropiados, de conformidad con el Decreto 20.165 del 19 de enero de 1962 por el cual se expropián los inmuebles en que se haya enclavado el Cerro Ñemby” a favor de la Municipalidad de Ñemby, Departamento Central”. ES MI VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

SENTENCIA NÚMERO: 483

Asunción, 23 de diciembre de 2020.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Abg. Emigdio Loreiro Arguello, en representación de la firma CONCRET-MIX S.A.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Dr. Antonio Fretes, Dra. Gladys Bareiro de Mónica, Dr. Alberto Martínez Simón.

Ante mí: Abg. Julio C. Pavón Martínez, Secretario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 506

***Cuestión debatida:** Resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por los guardadores de un niño en virtud al principio del interés superior del niño ante el conflicto de normas efectuando una ponderación del derecho del niño a vivir en el seno familiar con el derecho al desarrollo infantil integral teniendo presente aspectos físicos, cognitivos, emocionales, sociales, su relación de apego y vínculo seguro con sus cuidadores.*

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

En cuanto al principio del interés superior del niño, cuya violación sostiene la actora, debemos acotar que dicho principio se presenta en nuestro ordenamiento vigente como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser precisado en cada situación específica (Voto en disidencia de la Ministra Gladys Bareiro de Mónica).

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

La norma en cuanto al interés superior del niño no nos ofrece la solución directa de cada caso, de modo que la solución debe buscarse acudiendo a criterios de valor o de experiencia, criterios que los jueces de instancia deben determinar atendiendo a las circunstancias particulares del caso en estudio (Voto en disidencia de la Ministra Gladys Bareiro de Mónica).

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Por la vía de una acción de inconstitucionalidad, no es posible revisar las circunstancias concretas de cada caso, por no constituir esta acción una tercera instancia.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Dentro de la acción de inconstitucionalidad, respecto del principio del interés superior del niño, sólo corresponde comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales accionadas se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés. Podremos estar o no de acuerdo con lo dispuesto por los jueces de instancia, pero no nos es posible sustituir la opinión de los mismos por las nuestras si en la resolución fundadamente se ha determinado cual es, en el caso concreto, el interés superior del niño o de la niña que debe ser protegido (Voto en disidencia de la Ministra Gladys Bareiro de Módica).

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La acción de inconstitucionalidad no puede convertirse en una tercera instancia de discusión, debe limitarse a examinar si se ha quebrantado una norma constitucional y si ese quebrantamiento ha producido daño. Ella es una vía reservada en exclusividad para el control de la observancia de los preceptos constitucionales y, eventualmente, para hacer efectiva la supremacía de la Constitución en caso de transgresiones (Voto en disidencia de la Ministra Gladys Bareiro de Módica).

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Si bien existen impedimentos de carácter procesal para el estudio de la acción planteada, ello no es óbice a que esta Máxima instancia, en circunstancias extraordinarias que así lo ameriten haga uso de las facultades conferidas por el art. 563 del código ritual. Sabido es que el cumplimiento de las formas resulta indispensable para el pleno uso y disfrute de elementales derechos y garantías constitucionalmente consagrados.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. GUARDA.

Se debe extremar el control analítico en casos como este donde examinamos los parámetros tenidos en cuenta para otorgar la guarda de un

niño muy pequeño cuya protección debe ser garantizada por el Estado, la Sociedad y la familia (art. 54 de la Constitución Nacional).

CONSTITUCIÓN NACIONAL. NIÑO.

La Familia, la Sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar a todo niño su pleno desarrollo armónico e integral, protegiéndolo contra el abandono, la violencia, el abuso, entre otros (art. 54 de la Constitución Nacional).

NORMAS INTERNACIONALES. Protección al niño. DESCUIDO.

El art. 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña, ratificada por Ley N° 57/90, autoriza a los Estados a adoptar toda serie de medidas apropiadas para proteger al niño de toda forma de perjuicio o abuso, descuido o trato negligente. La Observación General Nro. 13 (2011) (CRC/C/GC/13) emanada del Comité Internacional de los Derechos del Niño, en su párrafo 20, define el descuido o el trato negligente diciendo “Se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello”.

NORMAS INTERNACIONALES. Interpretación.

De una interpretación sistémica de los arts. 2, 3 y 4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña, podemos válidamente decir que cada Estado se ha comprometido a respetar y a asegurar que cada niño sujeto a su jurisdicción goce de protección contra toda forma de discriminación o de castigos y el cuidado que sean necesarios para su bienestar adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de toda índole para dar efectividad a los principios reconocidos en la Convención.

NORMAS INTERNACIONALES. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Protección al niño.

La segunda parte del art. 19 de la Convención arroja luz diciendo que las medidas de protección deben estar encaminadas a procedimientos eficaces para lograr la prevención, la identificación, la notificación, remisión de

una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos del niño. La Convención propone como punto inicial de la lucha contra la violencia: la prevención. Al respecto, la Observación General Nro. 13 (2011) emanada del Comité Internacional de los Derechos del Niño, en su párrafo 47, inc. d) i) puntualiza que resulta indispensable para los profesionales y las instituciones públicas la detección temprana de oportunidades de prevención y orientar políticas y prácticas a este respecto. La Constitución Nacional como la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña convergen y armonizan respecto del interés primordial que requieren los derechos de la niñez.

NIÑO. Abandono. FAMILIA.

Decisiones en casos relativos a niños y a niñas en situación de abandono o violencia resultan altamente complejos y delicados a fin de evaluar la prevalencia del bienestar del niño o niña y el importante principio compensatorio de respetar y preservar la vida familiar.

OBLIGACIONES PARENTALES.

Un informe del trabajador social indica al padre del niño; sin embargo, no existe constancia que tal circunstancia fuera corroborada de modo alguno, como tampoco que existen actuaciones que avalen que el mismo fuera citado o notificado para vindicar sus derechos y responder a sus obligaciones parentales. En estas condiciones, corresponde hacer lugar a la acción incoada debiendo declararse la nulidad del fallo de segunda instancia.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIAS ARBITRARIAS.

El control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales tiene por objeto verificar su correspondencia o discrepancia con la Constitución. Además, la jurisprudencia, fundada en el Art. 256 segundo párrafo de la Carta Magna, ha entendido que el control constitucional se extiende a aquellas sentencias que se han dado en llamar arbitrarias, esto es, que se dictan con prescindencia de la ley o de los hechos arrimados al proceso y las probanzas que los sostienen.

SENTENCIA. ARBITRARIEDAD.

La motivación de la sentencia consiste en el deber funcional del órgano jurisdiccional de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución. Es la obligación impuesta al juzgador el tomar en cuenta, en la construcción de la sentencia, todos los elementos que conforman el expediente y que deben servir de base para el análisis y posterior valoración del conflicto. Su observancia se traduce en una garantía verdadera y eficaz para los litigantes, pues es uno de los medios de evitar la arbitrariedad.

SENTENCIA. Fundamentación.

La fundamentación supone que la sentencia debe ser dictada conforme con la Constitución y las leyes, tal como lo manda el Art. 15 inc. b) del Código de Procedimientos Civiles. La fundamentación no consiste únicamente en enumerar una serie de preceptos jurídicos de determinado texto legal que se estimen aplicables a cada caso, sino que requiere, además, que el juzgador exponga de modo lógico las razones por las que ha decidido aplicar dichos preceptos, vinculándolos a los datos fácticos tenidos como probados o admitidos.

GUARDA. Prueba.

La realización del perfil psicológico de quien pretende ser guardador, es una prueba decisiva necesaria.

GUARDA. CAPACIDAD. Psicológica. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Al no contar con algún elemento objetivo que evidenciara la capacidad psicológica de la pretensa guardadora, el Tribunal consideró que la misma era una persona apta; en propias palabras de los magistrados intervinientes: “*APTA*”, *entiéndase capaz, idónea, capacitada, para el cuidado y manutención del niño / a o adolescente*; a pesar de que en autos dicha circunstancia claramente no se hallaba probada. El Tribunal de Alzada al obrar así sin sustento, arbitrariamente, dejó de aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FAMILIA.

La legislación nacional, así como la internacional reconoce el derecho de los padres a la crianza y educación de sus hijos, y la directriz de que en caso de conflicto se prefiera que el niño permanezca con la familia (Preámbulo CDN, Art. 5 CDN, Art. 9 CDN, Art. 18 CDN, Art. 8 CNA), pero ello no es óbice para que los magistrados fallen en otro sentido o prioricen otro derecho en la resolución de un caso conflictivo sometido a su consideración.

DERECHO DEL NIÑO. VIDA. DESARROLLO. Seno familiar. PROTECCIÓN.

El derecho del niño de vivir y desarrollarse en el seno familiar debe ser analizado a la luz del carácter integral de la Convención y de los principios generales principalmente en sus Arts. 3 y 9. A continuación me referiré al Principio del Interés Superior del niño y su aplicación al caso concreto en estudios, haciendo antes una mención sobre el carácter integral de todas las normas integrantes de la Legislación –en sentido amplio- de protección de los menores de edad.

DESARROLLO. NIÑO. Normativas.

La Convención sobre los Derechos del Niño como el Código de la Niñez y la Adolescencia, así como otras leyes complementarias, tienen la particularidad de abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo del niño. Ello responde al Principio Rector de la Protección Integral del Niño.

DERECHO DEL NIÑO. VIDA. DESARROLLO. PROTECCIÓN INTEGRAL.

Todos los derechos reconocidos sean interdependientes, estos, deben ser interpretados de forma sistemática, ya que sólo en su conjunto aseguran la debida protección - integral - al niño. Es por ello que ante cualquier situación de conflicto o de posible vulneración, amenaza o restricción de derechos, cualquier decisión de las autoridades competentes deben evaluarse desde la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos reconocidos.

NIÑO. DERECHOS. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Si por un lado defendemos el derecho del niño de vivir con su familia (debiendo entenderse en primer lugar la familia nuclear y de forma supletoria la familia ampliada), ello no puede desconocer la garantía de los demás derechos fundamentales del niño, como el derecho a la supervivencia, a la salud, a la educación, a la integridad, a la recreación, a vivir en un ambiente equilibrado, la noción de “interés superior” refiere pues a ese conjunto sistemático de derechos.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Normativas.

El Principio del Interés Superior del Niño es recogido en primer lugar por nuestra Constitución Nacional en su Art. 54 in fine así como en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y constituye una garantía de gran amplitud, una norma de interpretación y de resolución de conflictos así como incluso una directriz política. Este consiste en que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida que les concierna, se prioricen aquellas que promuevan y protejan sus derechos, garantizando su desarrollo armónico e integral, el Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

El Principio interés superior del niño debe ser interpretado en cada caso concreto y conforme con las circunstancias particulares de cada niño. No podemos invocar nada más Interés Superior sin considerar la situación concreta ante la cual nos encontramos; la realidad de cada niño es diferente y por ello no podemos sostener que lo beneficioso para uno lo sea siempre para otro. El Principio del Interés Superior también permite la ponderación entre varios derechos reconocidos en favor de los niños, en razón de que no siempre será posible esa plena satisfacción de todos los derechos.

PONDERACIÓN. Normas. Conflictos. Niño.

Siempre que nos vemos ante un conflicto entre normas constitucionales -en nuestro caso cuasi constitucionales o convencionales que reconocen derechos fundamentales- surge la necesidad de efectuar una ponderación

de derechos y ello, como ya se ha mencionado, debe hacerse prestando especial atención a la situación de cada niño en un momento específico de su desarrollo.

GUARDA.

El Tribunal otorgó la guarda del niño en favor de la abuela materna como fundamento de la decisión adoptada se han apoyado principalmente en el derecho del niño de vivir con su familia y la preferencia de que no sea separado de la misma. El Tribunal, en mayoría, cita lo dispuesto por los Arts. 54 in fine de la Constitución Nacional y los Arts. 8 y 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia. En este punto debemos tener en cuenta la realidad de este niño. Luego de su nacimiento, fue abandonado por su madre en el Hospital, siendo retirado por su abuela materna, quien luego volvió a dejarlo al cuidado de la madre. Durante sus primeros dos meses de vida, fue dejado al cuidado de una vecina quien lo llevó al Hospital donde fue internado por problemas respiratorios, y luego puesto en abrigo en el Hogar.

GUARDA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ARBITRARIEDAD.

Los estudios socio ambientales en la vivienda de la abuela materna, informa que 7 personas se hallan conviviendo en la vivienda familiar, declaró que su hija es adicta a las drogas y que se prostituye para comprarlas, Expresa que su hija tiene 4 hijos más aparte del niño, todos menores de edad, de los cuales dos viven con su padre y dos se hallan en el Hogar. Manifiesta que ella tiene a su cargo a 4 hijos menores de edad (tíos del niño) y que quiere acoger en guarda tanto al niño como a dos de sus hermanas con la ayuda del Programa Abrazo. El Tribunal, al obviar todas estas circunstancias fehacientemente comprobadas en autos y al no requerir - ante su ausencia - un estudio del perfil psicológico de la pretensa guardadora, claramente se ha divorciado de la realidad de la causa puesta a su estudio, entrando en el terreno de la arbitrariedad.

GUARDA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FAMILIA. CUIDADO.

Cuando no se ha comprobado la existencia de un presupuesto mínimo: la aptitud de quien pretende tener al Niño a su cuidado, la cuestión aquí no radica en la separación del niño de su familia por la situación económica de

la misma; sino en la ausencia de elementos que indiquen que los familiares del niño sean aptos para su cuidado y crianza.

GUARDA. Desarrollo Infantil Integral.

En el desarrollo infantil los primeros años de vida constituyen una etapa sustantiva en la configuración de subjetividades y de potenciales oportunidades y de capacidades para un ejercicio pleno de derechos. El desarrollo infantil integral no sólo se trata de los cambios que atraviesan los niños en el aspecto físico, sino también los cambios cognitivos, emocionales y sociales, y ellos están estrechamente influenciados por las situaciones por las que atraviesa el niño, las cuales pueden influir de forma positiva o negativa en su desarrollo.

GUARDA. Apego. SENTENCIA. ARBITRARIA.

Teniendo el Niño vínculo y sostén emocional se dan las condiciones propicias para la satisfacción de todas sus necesidades, pero ello no sería posible de no existir un vínculo estable de apego con sus cuidadores primarios. La estabilidad y la previsibilidad en el vínculo con sus cuidadores le permiten al niño construir una relación de apego seguro. Decidir el cambio de esta situación sin contar con los elementos necesarios imprescindibles para adquirir una sana convicción en sustento, viene a configurar un apartamiento de la realidad el expediente, basándose la decisión en la voluntad de los jueces y no en la de la norma, tornándose así arbitraria la sentencia.

DEBIDO PROCESO. NIÑO. PROTECCIÓN.

En modo alguno el análisis precedente constituye un juzgamiento en tercera instancia, sino que lo hemos realizado a los efectos de indagar, a la luz de las constancias de los principales, sobre la existencia de alguna violación al imperativo contenido en el artículo 256 de la Constitución Nacional, lo que efectivamente se ha verificado, transgrediéndose el mandato del debido proceso y con ello a la protección al Niño, impuesta por el Art. 54 de la C.N.

C.S.J. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad: “G. P. M. C. s/ Medidas Cautelares”. Año: 2017 – N° 2.631 (Ac y Sent. N° 506).

CUESTION:

¿Es procedente la Acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Abg. Rodolfo Berendsen en nombre y representación de los señores A. M. S. y G. C. C. de B. promueve la acción de inconstitucionalidad en contra del A. y S. N° 143 del 06 de noviembre de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y de la Adolescencia, de la Capital.

El Acuerdo y Sentencia N° 143 del 06 de noviembre de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y de la Adolescencia, de la Capital, Resolvió: “CONFIRMAR la S.D. N° 441 del 01 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y de la Adolescencia del Cuarto Turno de la Capital. LAS COSTAS, en esta instancia en el orden causado ANÓTESE...”.

El accionante sostiene que impugna la resolución transcrita porque viola el derecho a la defensa de sus representados (guardadores del niño). Manifiesta que los juzgadores actuaron con ligereza vulnerando el principio del interés superior del niño, que se desvirtuaron las normas que rigen la materia y que la sentencia se aparta de las probanzas de autos, imponiendo criterios arbitrarios e injustos.

El Fiscal Adjunto Marco Antonio Alcaraz, en su Dictamen N° 597 del 07 de junio de 2011, es de parecer que corresponde el rechazo de la acción de inconstitucionalidad.

Del análisis del expediente y de los fundamentos del recurrente, se observa que no hubo violación del derecho a la defensa de los accionantes, los que conforme lo establece el Art. 168 del Código de la Niñez y de la Adolescencia no son parte en este juicio.

Por otro lado, el Acuerdo y Sentencia N° 143 del 06 de noviembre de 2017, no resulta arbitrario, es una resolución fundada y en ella se observa que los juzgadores estudiaron el caso y lo resolvieron conforme al criterio que sostienen. Tanto el voto en mayoría como el de la disidencia se encuentran debidamente fundados.

En cuanto al principio del interés superior del niño, cuya violación sostiene la actora, debemos acotar que dicho principio se presenta en nuestro ordenamiento vigente como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser precisado en cada situación específica.

La norma no nos ofrece la solución directa de cada caso, de modo que la solución debe buscarse acudiendo a criterios de valor o de experiencia,

criterios que los jueces de instancia deben determinar atendiendo a las circunstancias particulares del caso en estudio.

Por la vía de una acción de inconstitucionalidad, no es posible revisar las circunstancias concretas de cada caso, por no constituir esta acción una tercera instancia.

Dentro de la acción de inconstitucionalidad, respecto del principio del interés superior del niño, sólo corresponde comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales accionadas se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés. Podremos estar o no de acuerdo con lo dispuesto por los jueces de instancia, pero no nos es posible sustituir la opinión de los mismos por las nuestras si en la resolución fundadamente se ha determinado cual es, en el caso concreto, el interés superior del niño o de la niña que debe ser protegido.

Los argumentos esgrimidos por el accionante revelan su discrepancia con los criterios expuestos en el voto en mayoría y, debemos reiterar que, la acción de inconstitucionalidad no puede convertirse en una tercera instancia de discusión.

Las cuestiones traídas a estudio ya fueron estudiadas y resueltas en la instancia. La parte actora busca un nuevo análisis de las pruebas y con ello la apertura de una nueva instancia. Pero, la acción de inconstitucionalidad debe limitarse a examinar si se ha quebrantado una norma constitucional y si ese quebrantamiento ha producido daño. Ella es una vía reservada en exclusividad para el control de la observancia de los preceptos constitucionales y, eventualmente, para hacer efectiva la supremacía de la Constitución en caso de transgresiones.

Por otra parte, conforme al último párrafo del Art. 167 del C. N. y A., que rige la materia del juicio, la sentencia dictada por el Tribunal no tiene el carácter de definitiva, puede ser modificada y hasta dejada sin efecto, si cesan las condiciones que la motivaron.

Por lo manifestado precedentemente, considero que corresponde el rechazo de la acción de inconstitucionalidad, con costas a la parte actora y perdedora, fundada en las disposiciones del Art. 192 del C.P.C. **ES MI VOTO.**

A su turno el Doctor FRETES dijo: Disiento respetuosamente con la estimada Ministra preopinante. Si bien existen impedimentos de carácter procesal para el estudio de la acción planteada, ello no es óbice a que esta Máxima instancia, en circunstancias extraordinarias que así lo ameriten

haga uso de las facultades conferidas por el art. 563 del código ritual. Sabido es que el cumplimiento de las formas resulta indispensable para el pleno uso y disfrute de elementales derechos y garantías constitucionalmente consagrados; sin embargo, en palabras del doctrinario Bidart Campos "...el exceso ritual acaece cuando el formalismo pierde el sentido servicial del procedimiento, transformando lo que es instrumental en sustancial, extraviando así el proceso su verdadera razón de ser¹⁴". Debemos extremar el control analítico en casos como este donde examinamos los parámetros tenidos en cuenta para otorgar la guarda de un niño muy pequeño cuya protección debe ser garantizada por el Estado, la Sociedad y la familia (art. 54 de la Constitución Nacional).

A efectos de interiorizarnos respecto de los puntos resaltantes del presente caso, considero importante destacar lo siguiente. El 6 de septiembre de 2016, él bebe GPMC de 52 días de vida, diagnosticado con Bronquitis Obstruiva fue internado en el Hospital General de Barrio Obrero por la señora Adriana Segovia quien refirió que la madre del menor lo dejó a su cargo desde el día 3 del mismo mes y año sin ninguna indicación médica y siendo abandonado por la misma (fs. 01). Por otro lado, el Informe Social del referido nosocomio expresa que la madre del menor J., se encuentra en "situación de consumo de Drogas, la misma es conocida por el servicio..." (fs. 02). Tras la denuncia, la jueza competente tiene por iniciada la medida cautelar de protección iniciada por la Defensora Pública, fija audiencias para que la madre y la abuela del menor comparezcan munidas con el certificado de nacimiento del niño a efectos de ser oídas. Concomitantemente, la Defensora Pública y la Trabajadora Social se constituyeron ante la abuela del menor, R. C. quien señaló que "...su hija J... se droga por 3 a 5 días" y que el niño aún no se encuentra inscripto, por lo que la Defensora Pública solicitó la copia del nacido vivo del menor a efectos de su inscripción judicial y la declaración en estado de adopción del menor (fs. 06/9). Del informe de la Trabajadora Social del Ministerio de la Defensa Pública se desprende que la señora R. C., vive con su pareja y tiene a su cargo 5 hijos menores, en el mismo informe se deja constancia que "la señora R., firmó un acta de compromiso en el Hospital cuando nació su nieto G, donde se hacía cargo del cuidado del mismo, pero ni bien lo retiraron le entregó de nuevo a la señora

¹ Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs. As., p. 197.

J., quien no se encuentra en condiciones de hacerse responsable” (sic.) (fs. 26). En la audiencia señalada, la señora R. C. aduce que su hija es adicta, consume crack, se prostituye para comprar drogas y regresa a casa luego de días de estar ausente solo para dormir por lo que solicita hacerse cargo de su nieto; por su parte, la señora J. refiere no poder hacerse cargo de su hijo, manifiesta su conformidad para que el mismo quede a cargo de su madre y solicita su restitución. (fs. 37). En el Informe 56-2016, el Trabajador Social refiere que la señora J. expresa su deseo de ir a Buenos Aires a tratarse su adicción y su madre en apoyo a esta decisión, cuidaría de su nieto. Con el fin de brindar protección y garantizar los derechos del niño a la salud, a la educación y a un adecuado desarrollo, el trabajador social considera necesario realizar un seguimiento al caso, propone la participación de profesionales psicólogos y psiquiatras. Por último, sugiere localizar al padre del niño a fin que asuma sus responsabilidades alimentarias (fs. 46). Finalmente, la Defensora Pública solicitó la realización del estudio psicológico de las señoras J. y R. C. (fs. 47/8). En este contexto fáctico, el juzgador de la baja instancia dicta la S.D. Nro. 441 del 1 de diciembre de 2016 por la cual se hace lugar a la guarda solicitada a favor de la señora R. C. del menor GPMC, con todos los derechos y las obligaciones inherentes al cargo (fs. 53/4). Apelada que fuera esta decisión por la Defensora Pública interviniente, el Tribunal revisor dictó la sentencia hoy en estudio ante esta instancia.

El voto mayoritario de la sentencia analizada, tras un recuento de las actuaciones procesales y de conformidad con los arts. 54 de la Constitución Nacional, arts. 8 y 106 del Cod. de la Niñez y de la Adolescencia, consideró que la abuela del menor R. C. es una persona apta para el cuidado del niño y en atención a que la Convención de los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que los niños deben crecer en el seno familiar y en su art. 9 refiere que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Por estas consideraciones, concluyó que el niño GPMC debe quedar bajo la guarda de su abuela materna, cercano a su entorno familiar, donde crecerá compartiendo con su familia, sus hermanos, abuelos y tíos, recordando que la medida debe ser objeto de revisión periódica y revocada cuando el interés del niño se encuentre vulnerado, debiendo el juzgado realizar un seguimiento y evaluación periódicos (fs. 185/90).

Tal como lo señaláramos precedentemente, la Familia, la Sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar a todo niño su pleno desarrollo armónico e integral, protegiéndolo contra el abandono, la violencia, el abuso,

entre otros (art. 54 de la Constitución Nacional). Siguiendo la misma dialéctica dogmática, el art. 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña, ratificada por Ley N° 57/90, autoriza a los Estados a adoptar toda serie de medidas apropiadas para proteger al niño de toda forma de perjuicio o abuso, descuido o trato negligente. En este sentido, la Observación General Nro. 13 (2011) (CRC/C/GC/13) emanada del Comité Internacional de los Derechos del Niño, en su párrafo 20, define el descuido o el trato negligente diciendo “Se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello”.

Conforme lo apuntáramos anteriormente, la madre del menor GPMC dejó al niño de 52 días de nacido al cuidado de una vecina, transcurrido cuatro días y ante el abandono de la madre, esta persona lleva al bebe a un Centro de Salud donde es diagnosticado y hospitalizado por Bronquitis Obstructiva. El informe Social y las alegaciones tanto de la señora R. C., como de la propia madre J. coinciden en afirmar que la misma consume drogas (crack). Aquí no debe dejar de advertirse que el niño no se encontraba aún inscripto ante el Registro Público al tiempo del incidente. Estas circunstancias sitúan al menor en un grado de vulnerabilidad patente tratándose de un niño muy pequeño y considerando que el mismo se encontraba a cargo una persona considerada con factor de riesgo². Pese a estas disquisiciones, cuando nació su nieto, la abuela del menor R. C., conforme dejara constancia la Trabajadora Social (fs. 26), firmó un acta de compromiso en el Hospital donde se hacía cargo del cuidado del mismo, pese a ello, relata que ni bien retiraron al bebe, la señora R. C. se lo entregó nuevamente a la madre. Esta particularidad, no pudo ser obviada por la Magistratura al tiempo de evaluar a la señora R. C., en los términos del art. 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Más aun cuando no se ha realizado un examen psicológico a la misma pese a que tal informe fuera peticionado en reiteradas oportunidades por la Defensora Pública (fs. 48 y 55 vlto.).

De una interpretación sistémica de los arts. 2, 3 y 4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña, podemos válidamente

² Véase el documento CRC/C/GC/13, párr. 72.f).

decir que cada Estado se ha comprometido a respetar y a asegurar que cada niño sujeto a su jurisdicción goce de protección contra toda forma de discriminación o de castigos y el cuidado que sean necesarios para su bienestar adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de toda índole para dar efectividad a los principios reconocidos en la Convención. En este sentido, la segunda parte del art. 19 de la Convención nos arroja luz diciendo que las medidas de protección deben estar encaminadas a procedimientos eficaces para lograr la prevención, la identificación, la notificación, remisión de una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos del niño. Nótese que la Convención propone como punto inicial de la lucha contra la violencia: la prevención. Al respecto, la Observación General Nro. 13 (2011) emanada del Comité Internacional de los Derechos del Niño, en su párrafo 47, inc. d) i) puntualiza que resulta indispensable para los profesionales y las instituciones públicas la detección temprana de oportunidades de prevención y orientar políticas y prácticas a este respecto.

Sabido es que tanto la Constitución Nacional como la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña convergen y armonizan respecto del interés primordial que requieren los derechos de la niñez. En cuanto al particular, considero imprescindible el análisis del caso en estudio con vistas a prevenir toda forma de perjuicio, abuso, descuido o trato negligente a efectos de promover la efectividad en la protección del niño. Es ineludible advertir que decisiones en casos relativos a niños y a niñas en situación de abandono o violencia resultan altamente complejos y delicados a fin de evaluar la prevalencia del bienestar del niño o niña y el importante principio compensatorio de respetar y preservar la vida familiar. Meramente corolario, cabe advertir que solo un informe del trabajador social (fs. 46) indica a J. A. como padre del niño; sin embargo, no existe constancia que tal circunstancia fuera corroborada de modo alguno, como tampoco que existen actuaciones que avalen que el mismo fuera citado o notificado para vindicar sus derechos y responder a sus obligaciones parentales.

En estas condiciones, corresponde hacer lugar a la acción incoada debiendo declararse la nulidad del fallo de segunda instancia, con lo alcances señalados en el art. 560 del Cód. Proc. Civ. imponiendo las costas generadas en esta instancia en el orden causado, conforme con la regla enunciada en el art. 49 de la Ley 4423/11. Es mi voto.

A su turno el Doctor DIESEL JUNGHANNS dijo: Como punto de partida, considero relevante mencionar que el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales tiene por objeto verificar su correspondencia o discrepancia con la Constitución. Además, la jurisprudencia, fundada en el Art. 256 segundo párrafo de la Carta Magna, ha entendido que el control constitucional se extiende a aquellas sentencias que se han dado en llamar arbitrarias, esto es, que se dictan con prescindencia de la ley o de los hechos arrimados al proceso y las probanzas que los sostienen.

La motivación de la sentencia consiste en el deber funcional del órgano jurisdiccional de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución. Es la obligación impuesta al juzgador el tomar en cuenta, en la construcción de la sentencia, todos los elementos que conforman el expediente y que deben servir de base para el análisis y posterior valoración del conflicto. Su observancia se traduce en una garantía verdadera y eficaz para los litigantes, pues es uno de los medios de evitar la arbitrariedad.

La fundamentación, a su vez, supone que la sentencia debe ser dictada conforme con la Constitución y las leyes, tal como lo manda el Art. 15 inc. b) del Código de Procedimientos Civiles. Claramente, la fundamentación no consiste únicamente en enumerar una serie de preceptos jurídicos de determinado texto legal que se estimen aplicables a cada caso, sino que requiere, además, que el juzgador exponga de modo lógico las razones por las que ha decidido aplicar dichos preceptos, vinculándolos a los datos fácticos tenidos como probados o admitidos.

Dentro de dicho marco, en primer lugar, considero que el Tribunal interviniente en el caso de autos, en decisión por mayoría de sus Miembros, prescindió de una prueba decisiva necesaria - en el caso dadas sus circunstancias - para la resolución de la cuestión, como lo es la realización del perfil psicológico del pretense guardador.

Una de las cuestiones fundamentales que se controvirtieron en estos autos fue justamente la aptitud de la señora R. C. para la guarda de su nieto, G.P.M.C., tanto por los accionantes de la impugnación de inconstitucionalidad que nos ocupa, así como por la Defensora Especializada.

Debo mencionar que, a pesar de no contar con algún elemento objetivo que evidenciara la capacidad psicológica de la pretensa guardadora, el Tribunal consideró que la misma era una persona apta; en propias palabras de

los magistrados intervinientes: “*APTA*”, *entiéndase capaz, idónea, capacitada, para el cuidado y manutención del niño/a o adolescente*; a pesar de que en autos dicha circunstancia claramente no se hallaba probada.

Considero además que el Tribunal de Alzada al obrar así sin sustento, sin correlato en la realidad, en otras palabras, arbitrariamente, dejó de aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

Es cierto que la legislación nacional, así como la internacional reconoce el derecho de los padres a la crianza y educación de sus hijos, y la directriz de que en caso de conflicto se prefiera que el niño permanezca con la familia (Preámbulo CDN, Art. 5 CDN, Art. 9 CDN, Art. 18 CDN, Art. 8 CNA), pero ello no es óbice para que los magistrados fallen en otro sentido o prioricen otro derecho en la resolución de un caso conflictivo sometido a su consideración.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es un exhaustivo catálogo de reconocimiento y protección de dichos derechos, y fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico por Ley N° 57/90.

Considero que el derecho del niño de vivir y desarrollarse en el seno familiar debe ser analizado a la luz del carácter integral de la Convención y de los principios generales principalmente en sus Arts. 3 y 9. A continuación me referiré al Principio del Interés Superior del niño y su aplicación al caso concreto en estudios, haciendo antes una mención sobre el carácter integral de todas las normas integrantes de la Legislación –en sentido amplio- de protección de los menores de edad.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como el Código de la Niñez y la Adolescencia, así como otras leyes complementarias, tienen la particularidad de abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo del niño. Ello responde al Principio Rector de la Protección Integral del Niño. Por ello, aunque todos los derechos reconocidos sean interdependientes, estos, deben ser interpretados de forma sistemática, ya que sólo en su conjunto aseguran la debida protección - integral - al niño. Es por ello que ante cualquier situación de conflicto o de posible vulneración, amenaza o restricción de derechos, cualquier decisión de las autoridades competentes deben evaluarse desde la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos reconocidos.

Entonces, si por un lado defendemos el derecho del niño de vivir con su familia (debiendo entenderse en primer lugar la familia nuclear y de forme supletoria la familia ampliada), ello no puede desconocer la garantía

de los demás derechos fundamentales del niño, como el derecho a la supervivencia, a la salud, a la educación, a la integridad, a la recreación, a vivir en un ambiente equilibrado, entre otros.

La noción de “interés superior” refiere pues a ese conjunto sistemático de derechos.

El Principio del Interés Superior del Niño es recogido en primer lugar por nuestra Constitución Nacional en su Art. 54 in fine así como en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y constituye una garantía de gran amplitud, una norma de interpretación y de resolución de conflictos así como incluso una directriz política. Este consiste en que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida que les concierna, se prioricen aquellas que promuevan y protejan sus derechos, garantizando su desarrollo armónico e integral. En suma, el Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos.

Claro está que este Principio debe ser interpretado en cada caso concreto y conforme con las circunstancias particulares de cada niño. No podemos invocar nada más Interés Superior sin considerar la situación concreta ante la cual nos encontramos; la realidad de cada niño es diferente y por ello no podemos sostener que lo beneficioso para uno lo sea siempre para otro.

El Principio del Interés Superior también permite la ponderación entre varios derechos reconocidos en favor de los niños, en razón de que no siempre será posible esa plena satisfacción de todos los derechos de la que hemos hablado.

Como bien lo explica Cillero Bruñol *“En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño. En estos casos el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al “interés superior del niño”. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9° de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos... Por ello una*

correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.” (CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Temis - Depalma. Bogotá - Buenos Aires. 1998).

Siempre que nos vemos ante un conflicto entre normas constitucionales -en nuestro caso cuasi constitucionales o convencionales que reconocen derechos fundamentales- surge la necesidad de efectuar una ponderación de derechos y ello, como ya se ha mencionado, debe hacerse prestando especial atención a la situación de cada niño en un momento específico de su desarrollo.

Adentrándonos a la aplicación de las proposiciones sostenidas a la luz del caso concreto que nos ocupa, tenemos que los Magistrados intervinientes se han inclinado por otorgar la guarda del niño G. en favor de la abuela materna.

Como fundamento de la decisión adoptada se han apoyado principalmente en el derecho del niño de vivir con su familia y la preferencia de que no sea separado de la misma. El Tribunal, en mayoría, cita lo dispuesto por los Arts. 54 in fine de la Constitución Nacional y los Arts. 8 y 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y afirma “...*la abuela materna, la señora R.P.C.B., manifestó antes el juzgado su deseo de obtener la Guarda de su nieto G.P.M.C., estando presente la madre del niño, su hija J., quien manifestó su acuerdo a que se otorgue la guarda del niño a la abuela materna. Su deseo de ser guardadora de su nieto lo expresó igualmente conforme se desprende los informes emitidos por los Asistentes Sociales al momento de su evaluación socio ambiental. El mismo informe refiere que la Sra. R. C. de 41 años de edad, es vendedora ambulante, y que ha solicitado la guarda de sus dos nietas hijas de J. El art. 106 C.N.A. menciona que la guarda es encomendada a una persona comprobadamente “APTA”, entiéndase capaz, idónea, capacitada, para el cuidado y manutención del niño/a o adolescente. La Convención sobre los derechos del niño en su preámbulo RECONOCE que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; en su art. 9 preceptúa que”¹. Los Estados Partes velarán por que el niño*

no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”. El niño G.P.M.C., al estar bajo la guarda de su abuela materna, estará cerca de su entorno familiar, irá creciendo y compartiendo con su familia, sus hermanitas, sus abuelos y tíos...”.

En este punto debemos tener en cuenta la realidad de este niño.

Luego de su nacimiento, G. fue abandonado por su madre en el Hospital de Barrio Obrero, siendo retirado por su abuela materna, quien luego volvió a dejarlo al cuidado de la madre. Durante sus primeros dos meses de vida, G. fue dejado al cuidado de una vecina quien lo llevó al Hospital de Barrio Obrero donde fue internado por problemas respiratorios, y luego puesto en abrigo en el Hogar Casita de Belén de la Fundación San Rafael.

De autos surge que las señoras R. C. -abuela materna de G.- y J. -madre de G.- han comparecido ante el juzgado interviniente a la audiencia fijada. La primera de ellas declaró que su hija (J.) es adicta a las drogas y que se prostituye para comprarlas, que siempre se halla en la zona conocida como “la fabela” y que luego de un par de días vuelve a su casa sólo para dormir. Expresa que su hija tiene 4 hijos más aparte de G., todos menores de edad, de los cuales dos viven con su padre y dos se hallan en el Hogar Vientos de Esperanza. Manifiesta que ella tiene a su cargo a 4 hijos menores de edad (tíos de G.) y que quiere acoger en guarda tanto a G. como a dos de sus hermanas con la ayuda del Programa Abrazo. A su turno, la señora J. dijo que no puede hacerse cargo de sus hijos y manifestó su conformidad en que los mismos queden a cargo de su madre.

También tenemos constancia de que se han realizado los estudios socio ambientales en la vivienda de la señora R. C. La trabajadora social Alicia Pérez Jara manifestó que 7 personas se hallan conviviendo en la vivienda familiar: la señora R. C. con su pareja, así como 5 hijos menores de edad. Expresó en conclusión que *“Las condiciones socio ambientales son precarias, es una situación de pobreza y de hacinamiento, si bien están inscriptos al programa Abrazo, en este momento no están recibiendo ayuda alguna. La adicción de la madre del niño le impide estar apta para el cuidado del mismo, por lo que lo entrega a los vecinos, diciendo que volverá en pocas horas y esto se convierte en días”.* Por su parte, el trabajador social Fernando Bonnin González informó al Juzgado *“El lugar donde reside la familia M.*

C. corresponde a una vecindad de pobladores de escasos recursos económicos; la vivienda está construida con maderas terciadas y techos de eternit, cuenta con una sola habitación, dividida en dos por unos muebles, ocupada por 8 miembros de la familia. Cuenta con algunos servicios básicos (agua y luz eléctrica) aunque instalados muy precariamente...". El Tribunal, al obviar todas estas circunstancias fehacientemente comprobadas en autos y al no requerir - ante su ausencia - un estudio del perfil psicológico de la pretensa guardadora, claramente se ha divorciado de la realidad de la causa puesta a su estudio, entrando en el terreno de la arbitrariedad.

De un análisis de las circunstancias expuestas, no puedo si no llegar a la conclusión de que no se ha comprobado la existencia de un presupuesto mínimo: la aptitud de quien pretende tener al Niño a su cuidado, aptitud que se ve seriamente cuestionada por las constancias que arriba mencionamos.

Es importante dejar sentado que la cuestión aquí no radica en la separación del niño de su familia por la situación económica de la misma; sino en la ausencia de elementos que indiquen que los familiares del niño sean aptos para su cuidado y crianza.

Como última cuestión a considerar y a los efectos de reforzar los puntos anteriores, se debe tener en cuenta que el niño G., se halla conviviendo con la familia de los señores A. M. B. S. y G. C. C. G. desde enero del año 2017.

En el desarrollo infantil los primeros años de vida constituyen una etapa sustantiva en la configuración de subjetividades y de potenciales oportunidades y de capacidades para un ejercicio pleno de derechos. El desarrollo infantil integral no sólo se trata de los cambios que atraviesan los niños en el aspecto físico, sino también los cambios cognitivos, emocionales y sociales, y ellos están estrechamente influenciados por las situaciones por las que atraviesa el niño, las cuales pueden influir de forma positiva o negativa en su desarrollo.

Entonces, teniendo el Niño vínculo y sostén emocional se dan las condiciones propicias para la satisfacción de todas sus necesidades, pero ello no sería posible de no existir un vínculo estable de apego con sus cuidadores primarios. La estabilidad y la previsibilidad en el vínculo con sus cuidadores le permiten al niño construir una relación de apego seguro.

De ahí que, decidir el cambio de esta situación sin contar con los elementos necesarios imprescindibles para adquirir una sana convicción en

JURISPRUDENCIA

sustento, viene a configurar un apartamiento de la realidad el expediente, basándose la decisión en la voluntad de los jueces y no en la de la norma, tornándose - así - arbitraria la sentencia. En modo alguno el análisis precedente constituye un juzgamiento en tercera instancia, sino que lo hemos realizado a los efectos de indagar, a la luz de las constancias de los principales, sobre la existencia de alguna violación al imperativo contenido en el artículo 256 de la Constitución Nacional, lo que efectivamente se ha verificado, transgrediéndose el mandato del debido proceso y con ello a la protección al Niño, impuesta por el Art. 54 de la C.N.

Por todos los fundamentos expuestos, considero que la acción de inconstitucionalidad promovida en autos merece ser acogida y se debe declarar la nulidad del Ac y Sent. N° 143 de fecha 06 de noviembre de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital, imponiendo las costas en el orden causado. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

SENTENCIA NÚMERO 506

Asunción, 30 de diciembre de 2020.

VISTOS: Los méritos que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Abogado Rodolfo Antonio Berendsen Wentzensen, en nombre y representación de los señores A. M B. S. y G. C. C. de B. y, en consecuencia, declarar la nulidad del Ac y Sent. N.º 143 de fecha 06 de noviembre de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital.

REMITIR estos autos al Tribunal que le sigue en orden de turno, con el alcance del Art. 560 del C.P.C.

IMPONER costas en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Gladys Bareiro de Módica, Antonio Fretes y César Manuel Diesel Junghanns.

Ante mí: Ante mí: Julio Pavón, Secretario de la Sala Constitucional.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 511

Cuestión debatida: *El presente fallo traído a estudio, resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra un auto interlocutorio que resolvió un recurso de aclaratoria, mediante el cual se modificó el monto de la regulación de honorarios justipreciado en segunda instancia.*

TRIBUNAL DE APELACIÓN. RECURSO DE ACLARATORIA.

El tribunal ha dado curso favorable al Recurso de Aclaratoria, introduciendo una modificación al resultado del cálculo efectuado previamente e impuso las costas en esa instancia, admitiendo la existencia de un error aritmético y una omisión, respectivamente. En el estudio del recurso de aclaratoria, el tribunal ha incumplido con el deber impuesto por la Ley procesal de no alterar lo sustancial de la decisión en caso de hacer lugar al Recurso de Aclaratoria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN. RECURSO DE ACLARATORIA. HONORARIOS PROFESIONALES.

El tribunal ha alterado lo sustancial de lo resuelto, dado que, en la primigenia resolución, específicamente al analizar la aplicación del Art. 22 de la Ley Arancelaria, decidió otorgar “...el porcentaje menor por la cuantía...”, recordando que dicho artículo faculta a que el monto pueda llegar hasta el veinticinco por ciento de la suma que correspondería por igual concepto en la causa principal. Este margen conferido al juzgador a los efectos de realizar la estimación de los honorarios se agota al emitir su parecer al respecto, estándole vedado ingresar a un nuevo estudio sobre lo resuelto por medio del recurso de aclaratoria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN. RECURSO DE ACLARATORIA. HONORARIOS PROFESIONALES. ARBITRARIEDAD. JURISPRUDENCIA.

Del discurso racional del tribunal surge que ha optado por un porcentaje menor, situación que se ha visto modificada al momento del estudio del recurso de aclaratoria, elevando dicho porcentaje al máximo previsto por la norma aplicada (25%), lo cual constituye apartamiento del texto de la ley, lo cual sitúa a la resolución como contraria a la Constitución, haciéndose en consecuencia pasible de la sanción prevista en el artículo 560 del Código

Procesal Civil. En cuanto a la configuración de este tipo de arbitrariedad, esta Magistratura ya ha expresado su postura, tal como aconteció en el Acuerdo y Sentencia N° 218 del 21 de marzo de 2016. Por las razones apuntadas, el tribunal ha incurrido mediante el fallo objetado en la causal de arbitrariedad normativa, violentando las disposiciones del Art. 256 de la Constitución Nacional.

RECURSO DE ACLARATORIA. PRINCIPIO DE SEGURIDAD. DERECHO A LA DEFENSA.

La doctrina y jurisprudencia en la materia enseñan que los Jueces al resolver un recurso de aclaratoria deben mantener la unidad lógica del juzgamiento, no pudiendo introducir alteraciones sustanciales. Caso contrario, ello representaría una grave vulneración al principio de seguridad jurídica y al derecho a la defensa.

RECURSO DE ACLARATORIA. ARBITRARIEDAD.

El artículo 387 del Código Procesal Civil, respecto al recurso de aclaratoria, en su parte pertinente dispone que “en ningún caso se alterará lo substancial de la decisión”. Por tanto, resulta patente que los Juzgadores han realizado una fundamentación aparente, para justificar la modificación de una parte esencial de la resolución -el porcentaje aplicado-, apartándose del texto claro de la ley. La argumentación esbozada resulta distorsionada, errónea, no ajustada a Derecho. Ello determina la arbitrariedad del fallo y la abierta vulneración a las normas constitucionales, en particular al artículo 256 que exige que “toda sentencia judicial esté fundada en la Constitución y en la ley”.

SENTENCIA. Fundamentación. ARBITRARIEDAD. NORMAS.

El texto Constitucional inserto en el Art. 256, 2da. Parte de nuestra Constitución, concordante con el Código Procesal Civil, artículo 15 y el Código de Organización Judicial, artículo 9, es claro al establecer que la resolución judicial debe estar fundada en una ley, y no ir contra lo dispuesto en la misma. Pues en caso contrario, nos encontraríamos ante una arbitrariedad del tipo normativo, debiendo la resolución ser una derivación razonable de la normatividad en vigor.

SENTENCIA. ARBITRARIEDAD. DOCTRINA.

Los doctrinarios nacionales Mendonca y Sapena citando a Sagües expresan cuanto siguientes “*De acuerdo con la clasificación de Sagües, es posible agrupar las causales en tres grupos, a saber: 1) Arbitrariedad normativa, donde se consideran las hipótesis de sentencia arbitraria por no resultar una derivación razonable de la normativa en vigor, con seis alternativas básicas: sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas, sentencias con exceso de ritual, sentencias incongruentes, **sentencias que atentan contra la preclusión y la cosa juzgada**, sentencias autocontradictorias y sentencias inválidas*”. (negritas de mi autoría Ministro Alberto Martínez Simón).

SENTENCIA. ARBITRARIEDAD. JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia nacional más significativa clasifica las diversas causales de arbitrariedad de una resolución, encontrándose dentro de dichas causales previstas la de “*soslayar una disposición legal aplicable al caso*” y la de “*interpretar la ley de manera arbitraria, distorsionada y equivocada*”. Con respecto a la primera causal citada, se desprende que la misma se configura cuando el juzgador se extralimita de su poder discrecional dejando de lado la disposición legal y resuelve el caso de manera *contra legem*, transgrediendo con ello la norma contenida en el Art. 256 de la Constitución. Y, por otro lado, la de interpretar las normas aplicables al caso de manera errónea, apartándose del razonamiento lógico y coherente.

SENTENCIA. ARBITRARIEDAD. DOCTRINA.

La doctrina de la arbitrariedad encuentra su finalidad en la protección de los justiciables ante decisiones que no tengan otro fundamento que la voluntad de sus firmantes, encontrando su sustento en la gravedad de la lesión al “servicio de justicia” que se produce cuando una resolución judicial no responde a una derivación razonada y coherente del derecho aplicable al caso concreto.

RECURSO DE ACLARATORIA. DOCTRINA.

En cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario contra resoluciones aclaratorias, la doctrina admite su revisión, siempre y cuando “*lo*

resuelto por aclaratoria rebasa palmariamente el ejercicio de la facultad prevista en las normas del rito aplicables” (CSN: Fallos 301-169). En otras palabras, cuando lo resuelto por el recurso de *aclaratoria* altere lo sustancial de la sentencia de mérito.

RECURSO DE ACLARATORIA. Cuestión Sustancial.

La resolución impugnada, se inmiscuye en cuestiones sustanciales atinentes a la voluntad de los juzgadores expresada en la resolución -fijación de porcentajes dentro del marco legal- y no en un simple error de cálculo aritmético como lo alegaran los juzgadores al momento de dictar la resolución impugnada. Es decir, se atacó una cuestión sustancial a través del recurso de aclaratoria, no siendo la vía procesal idónea.

RECURSO DE ACLARATORIA. Cuestión Sustancial. Error Material. PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD.

Si bien el recurso de aclaratoria prevé la posibilidad de enmienda de errores materiales, lo cual en cierta medida implica una modificación del fallo, cabe recalcar que dicha facultad encuentra su límite en la alteración de lo sustancial de lo decidido, siendo dicha limitación congruente con el principio de inmutabilidad.

PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD. DOCTRINA. SENTENCIA.

Con respecto a la importancia de la inmutabilidad para evitar sentencias exploratorias del parecer de los justiciables, se expiden en su obra Azpelicueta y Tessone citando a Couture “Afirmaba Couture, que la inmutabilidad no tiene más finalidad que la de compeler al magistrado a que en sus sentencias agote el estudio y la reflexión. Si la sentencia del juez pudiera ser provisoria y enmendada por el mismo conforme advirtiera su error, es bien probable que existirían sentencias de tanteo, dirigidas a saber cómo piensan las partes respecto de ellas, y mantenerlas o revocarlas luego en la medida de la protesta”.

SENTENCIA. RECURSO DE ACLARATORIA.

En la aclaratoria deberá mantenerse la voluntad expresada en la resolución recurrida por el juzgador, pudiendo limitarse a enmendar por esa

vía la expresión de dicha volición. Es decir, bajo ninguna circunstancia podrá reexaminar las cuestiones substanciales que hacen a la integridad ideológica de la sentencia.

SENTENCIA. RECURSO DE ACLARATORIA. Vicio de error.

El recurso de aclaratoria por vicio de error se encuentra destinado a despejar dudas interpretativas generadas en deficiencias idiomáticas o imprecisiones terminológicas, imponiéndose siempre el deber de mantener la voluntad del juzgador expresada en la sentencia de mérito.

SENTENCIA. RECURSO DE ACLARATORIA.

Se considera que una aclaratoria se encuentra dentro de la zona permitida, siempre que las correcciones realizadas no hagan a la decisión en sí misma. En este entendimiento, no puede bajo pretexto de realizar una corrección en la manera de discurrir del juez, alterar su integridad ideológica de la resolución aclarada. Se considera que la aclaración altera lo substancial cuando bajo la excusa de precisar los términos empleados en el pronunciamiento, vuelve sobre un acto de voluntad plasmado en la resolución revisada.

TRIBUNAL DE APELACIÓN. RECURSO DE ACLARATORIA. SENTENCIA. ARBITRARIEDAD.

Por resolución aclaratoria, el Tribunal modificó el justiprecio arguyendo un supuesto error material que no hacía a la voluntad del juzgador. Sin embargo, realizando una revisión exhaustiva de ambas resoluciones - auto interlocutorio aclarado y aclaratoria-, se desprende claramente la existencia de una modificación substancial del fallo a través de una vía inidónea para hacerlo. Existiendo, con ello una abierta contravención a la disposición legal prevista en el art. 387 del CPC, y encontrándonos, por tanto, ante una resolución arbitraria por violación del Art. 256, 2º párrafo de la Constitución de la República.

C.S.J. Sala Constitucional. Fecha 31/12/2020 “Acción de Inconstitucionalidad promovida por AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. en los autos caratulados: “Reg. Hon. Prof. del Abog. Diego Cubas en el juicio caratulado: “AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. c/

**JOAO ADEMIR GALLAS s/ Interdicto de Retener la Posesión”
(Acuerdo y Sentencia N° 511).**

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada, el Doctor ANTONIO FRETES dijo: El Abogado José Manuel Costas Arriagada, en representación de la firma AGROSILO SANTA CATALINA S.A., promueve acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 246 del 5 de julio de 2018, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala de Ciudad del Este, Circunscripción Judicial de Alto Paraná, en los autos caratulados: “R.H.P. DEL ABOG. DIEGO CUBAS EN EL JUICIO: AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. C/ JOAO ADEMIR GALLAS S/ INTERDICTO DE RETENER LA POSESION”.

La mencionada resolución dispuso: “1) *Hacer lugar al recurso de aclaratoria interpuesto por el Abogado Porfirio Zacarías León contra el A. I. N° 235 de fecha 22 de agosto de 2017 dictado por este Tribunal. En consecuencia, dejar establecido en la suma de dólares 90.000 (noventa mil dólares americanos) los honorarios profesionales del Abogado Porfirio Zacarías, más lo correspondiente al I.V.A. 2) Imponer las costas en esta instancia la parte perdedora...*”.

Alega la parte accionante que la resolución es arbitraria, pues los conjuces violaron la prohibición de modificar el sentido de la resolución aclarada, trasgrediendo en consecuencia las garantías constitucionales de igualdad ante las leyes, acceso a la justicia y de que toda sentencia esté fundada en la Carta Magna y las leyes. Alega que la resolución no presenta la aplicación razonada del derecho vigente, sino más bien emana de un razonamiento abstracto e impreciso, desvinculado de la situación jurídica evidenciada en el proceso. Expone que hay desconexión de lo dispuesto sobre el recurso de aclaratoria, ya que no es posible modificar la resolución objeto de revisión, cuando que modifican totalmente la decisión aclarada.

Corrido el traslado que ordena la ley, lo contesta el Abg. Porfirio Zacarías León, y expresa que no existe infracción de igualdad ante la ley. Expone además que no existe conculcación del artículo 256 de la Constitución Nacional pues la resolución descansa en el despliegue de un razonamiento

explicativo bien puntual, que alcanza a satisfacer la exigencia del Código Procesal Civil.

La Fiscalía General del Estado, mediante el Dictamen N° 1581 del 08 de julio de 2019, recomienda que, al no advertirse la violación de principios, derechos ni garantías constitucionales a ser reparados por esta vía, no se haga lugar a la acción de inconstitucionalidad.

La parte recurrente pretende la nulidad de la resolución de segunda instancia, con sustento en una arbitrariedad normativa, que es la sentencia que desconoce o se aparta de la norma aplicable. Este caso se refiere a un fallo cuyo "...pronunciamiento se aparta de disposiciones legales expresas, o el que implica un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o el que contradice un claro precepto legal" (Sagüés, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario. Tomo 2. Ed. Astrea. 4° edición actualizada y ampliada. Bs. As., Argentina. Pág. 170).

En el expediente de regulación de honorarios, en primera instancia, se han regulado los honorarios del Abg. Diego Cubas en la suma de guaraníes sesenta y seis millones, más guaraníes seis millones seiscientos mil en concepto de IVA. Esta decisión fue impugnada por las dos partes, sosteniendo en su recurso el obligado por el acto regulatorio que el monto resulta excesivo, por lo que solicitó su retasa en menos. Por su parte, el beneficiado por la fijación de honorarios sostuvo en su recurso que el monto fijado no era justo, por lo que solicitó su retasa en más, alegando que este tipo de juicios -interdictos- consta de dos etapas, y no tres como sentenció el juez de instancia previa. Propuso dos alternativas en cuanto a la viabilidad del recurso, con la variante en cuanto a la división en dos o tres etapas del juicio principal, resultando en el primer caso una retasa en ciento ochenta mil dólares americanos y en el segundo una de ciento veinte mil dólares americanos, solicitando además la imposición de las costas en esa instancia. Trabada así la Litis en alzada, el tribunal basó su decisión en el valor del inmueble, fijado en seis millones de dólares americanos, la intervención en el carácter de abogado y procurador del abogado solicitante, la etapa alcanzada en el juicio principal, la complejidad e importancia del trabajo profesional efectuado. Con estos parámetros, aplicó el cinco por ciento conforme al artículo 32 de la ley arancelaria, de lo que resultó la suma de doscientos cuarenta mil dólares americanos, y al aplicar el artículo 22 de la misma ley, aplicando el porcentaje menor por la cuantía y la labor profesional en el

doble carácter estableció la suma de dieciocho mil dólares americanos. Esta fijación de los honorarios mereció la interposición del recurso de aclaratoria por parte del abogado beneficiado por la retasa en más de los montos, con el argumento de la existencia de expresiones oscuras, evidentes errores materiales y la falta de pronunciamiento sobre las costas del recurso. Este recurso fue admitido por el tribunal, con el argumento de la existencia de un error aritmético que conllevó a un monto diferente a la lógica del cálculo y los artículos aplicados. Así, al hacer lugar al recurso, fijó los honorarios en la suma total de noventa mil dólares americanos, imponiendo además las costas en dicha instancia a la parte perdidosa.

En el caso sujeto a examen, se constata que el tribunal ha dado curso favorable al recurso de aclaratoria, introduciendo una modificación al resultado del cálculo efectuado previamente e impuso las costas en esa instancia, admitiendo la existencia de un error aritmético y una omisión, respectivamente. En el estudio del recurso de aclaratoria, el tribunal ha incumplido con el deber impuesto por la ley procesal de no alterar lo sustancial de la decisión en caso de hacer lugar al recurso de aclaratoria, ya que en el interlocutorio N° 235 del 22 de agosto de 2017 ha expuesto lo siguiente: *“...Circunscripta la cuestión en esos términos, observando rigurosamente las disposiciones legales ya referidas precedentemente y aplicando el 5% de conformidad con lo previsto en el Art. 32 de la Ley 1376/88, resulta la suma de \$240.000,00 y por aplicación del Art. 22 de la referida ley aplicando el porcentaje menor por la cuantía y la labor profesional en el doble carácter corresponde la aplicación de la suma de \$18.000,00...”*, por su parte, en el interlocutorio N° 246 del 5 de julio de 2018, el tribunal expuso que *“...Los artículos utilizados para el justiprecio de los honorarios profesionales fueron Art. 39, 32 y 22 de la Ley 1376/88, cuestión que ha quedado clara. En relación a los porcentajes se ha aplicado el menor (5%), en vista al monto utilizado como base y sobre dicho monto se ha utilizado el 25% resultante de la aplicación del Art. 22 de la Ley 1376/88, al ser regulado como incidente. Sentado estos puntos tenemos que los artículos aplicados y los porcentajes son los correctos, pero con la salvedad de que se produjo un error aritmético que conllevó a un monto diferente a la lógica del cálculo y los artículos aplicados. Por lo que siguiendo la logicidad de la resolución tenemos que por aplicación del Art. 39 de la Ley N° 1376/88, el valor del juicio asciende a \$ 6.000.000,00 de dólares, cifra ésta que queda reducida al 80% por ciento,*

resultando \$ 4.800.000,00 dólares. A esta suma es aplicable la escala mínima prevista en el Art. 32 (5%), quedando reducida a \$ 240.000,00 dólares. Luego, a esa suma es aplicable el Art. 22, al equipararse la tramitación del interdicto a un incidente, arrojando la suma de \$ 60.000,00 que se asigna a los trabajos de abogacía, y la suma equivalente al 50% (\$ 30.000,00) correspondiente a las labores de procuración, tal como establece el Art. 25 de la Ley de Aranceles profesionales. Totalizando así la suma de \$ 90.000,00...”

De esta secuencia, queda patente que el tribunal ha alterado lo sustancial de lo resuelto, dado que, en la primigenia resolución, específicamente al analizar la aplicación del Art. 22 de la Ley Arancelaria, decidió otorgar “...el porcentaje menor por la cuantía...”, recordando que dicho artículo faculta a que el monto pueda llegar hasta el veinticinco por ciento de la suma que correspondería por igual concepto en la causa principal. Este margen conferido al juzgador a los efectos de realizar la estimación de los honorarios se agota al emitir su parecer al respecto, estándole vedado ingresar a un nuevo estudio sobre lo resuelto por medio del recurso de aclaratoria. Del discurso racional del tribunal surge que ha optado por un porcentaje menor, situación que se ha visto modificada al momento del estudio del recurso de aclaratoria, elevando dicho porcentaje al máximo previsto por la norma aplicada (25%), lo cual constituye apartamiento del texto de la ley, lo cual sitúa a la resolución como contraria a la Constitución, haciéndose en consecuencia pasible de la sanción prevista en el artículo 560 del Código Procesal Civil. En cuanto a la configuración de este tipo de arbitrariedad, esta Magistratura ya ha expresado su postura, tal como aconteció en el Acuerdo y Sentencia N° 218 del 21 de marzo de 2016. Por las razones apuntadas, el tribunal ha incurrido mediante el fallo objetado en la causal de arbitrariedad normativa, violentando las disposiciones del Art. 256 de la Constitución Nacional.

Por lo expresado precedentemente, considero que corresponde hacer lugar a la presente acción, y en consecuencia declarar la nulidad del A.I. N° 246 del 5 de julio de 2018, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala de Ciudad del Este, Circunscripción Judicial de Alto Paraná, en los autos caratulados: “R.H.P. DEL ABOG. DIEGO CUBAS EN EL JUICIO: AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. C/ JOAO ADEMIR GALLAS S/ INTERDICTO DE RETENER LA POSESION”, por resultar inconstitucional, con imposición de las costas a la perdedora, conforme a lo previsto en el Art. 192 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A su turno, la Doctora GLADYS BAREIRO DE MÓDICA dijo: Comparto los fundamentos del Ministro pre opinante y agregó cuanto sigue:

De la lectura de la resolución impugnada (A.I. N° 246, de fecha 5 de julio de 2018) surge que el Tribunal de Alzada, al estudiar el recurso de aclaratoria interpuesto contra el A.I. N° 235, de fecha 22 de agosto de 2017, modificó el monto de la regulación de honorarios del Abogado Porfirio Zacarías León en el juicio caratulado: “Agro Silo Santa Catalina S. A. c/ Joao Ademir Gallas s/ Interdicto de retener la posesión”. De Dólares Americanos dieciocho mil (USD 18.000), fijado en el A.I. N° 235, el Tribunal -a través de la resolución aclaratoria- incrementó el justiprecio de honorarios a Dólares Americanos noventa mil (USD 90.000).

El colegiado pretendió fundamentar su decisión, señalando que los artículos aplicados y los porcentajes en la resolución cuya aclaratoria se solicitaba eran correctos, sin embargo “*se produjo un error aritmético que conllevó a un monto diferente a la lógica del cálculo (...)*”. Al respecto, luego del análisis se advierte claramente que los Conjuces modificaron el porcentaje aplicado en el A.I. N° 235, de fecha 22 de agosto de 2017, en relación al artículo 22, inciso c) de la Ley N° 1376/88, que en aquel resolutorio quedó establecido en el “*porcentaje menor por la cuantía*”; sin embargo, en la resolución aclaratoria, optaron por aplicar el 25%, el cual es el mayor previsto en la escala.

La doctrina y jurisprudencia en la materia enseñan que los Jueces al resolver un recurso de aclaratoria deben mantener la unidad lógica del juzgamiento, no pudiendo introducir alteraciones sustanciales. Caso contrario, ello representaría una grave vulneración al principio de seguridad jurídica y al derecho a la defensa.

El artículo 387 del Código Procesal Civil, respecto al recurso de aclaratoria, en su parte pertinente dispone que “en ningún caso se alterará lo substancial de la decisión”. Por tanto, resulta patente que los Juzgadores han realizado una fundamentación aparente, para justificar la modificación de una parte esencial de la resolución -el porcentaje aplicado-, apartándose del texto claro de la ley. La argumentación esbozada resulta distorsionada, errónea, no ajustada a Derecho. Ello determina la arbitrariedad del fallo y la abierta vulneración a las normas constitucionales, en particular al artículo 256 que exige que “toda sentencia judicial esté fundada en la Constitución y en la ley”.

Néstor Pedro Sagüés sostiene: “*La resolución que decide la cuestión con prescindencia u omisión de lo preceptuado en la disposición legal que rija a 1 punto, es arbitraria y debe ser dejada sin efecto (...) Tal prescindencia implica un error de derecho, que hace funcionar la descalificación por arbitrariedad (...)*”. (Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, p. Z39).

El autor Tomás Ramón Fernández enseña: “*Sin motivación suficiente, esto es, sin justificación bastante, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad pura y simple. Un mero porque sí o porque yo lo creo o lo siento no es una resolución fundada en Derecho (...)*” (Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, lustel, Madrid, 2005, p. 122).

Por las motivaciones que anteceden, corresponde en Derecho hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida, con los alcances del artículo 560 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno, el Doctor ALBERTO J. MARTÍNEZ SIMON dijo: Me adhiero al voto de mis colegas que me precedieran en orden de opinión por los argumentos que se exponen a continuación.

En estos autos, la parte accionante califica de arbitraria la resolución judicial impugnada -A.I. N° 246 de fecha 5 de julio de 2018, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial Alto Paraná- arguyendo que la misma infringe la disposición Constitucional consagrada en el Art. 256, 2do párrafo. Al efecto, explica que el fallo se dictó en abierta contradicción a la prohibición legal prevista en el Art. 387 del Código Procesal Civil, ya que en ningún caso se puede alterar lo sustancial de la decisión por vía del recurso de aclaratoria.

Esta resolución, es objeto de recurso por esta vía recursiva extraordinaria. Es decir, se impone en esta instancia extraordinaria el estudio de la procedencia -o no- de un recurso de aclaratoria por el que se modificó el monto de justiprecio.

Al respecto, el mandato inserto en el Art. 256, 2da. Parte de nuestra Constitución, es claro al prescribir que “...*Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley...*”. Por su parte, y en consonancia con el mandato constitucional, el Art 15 del C.P.C., entre los deberes de los jueces, establece: “...*b) fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad; c) resolver siempre según la ley, sin que les sea permitido juzgar del valor intrínseco o la*

equidad de ella...". En el mismo sentido, el Art. 9, primera parte de la Ley N° 879/81 "Código de Organización Judicial" expresa: "*Los Jueces y Tribunales aplicarán la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos y otras leyes, los decretos, ordenanzas municipales y reglamentos, en el orden de prelación enunciado...*".

El texto Constitucional, concordante con el Código Procesal Civil y el Código de Organización Judicial, es claro al establecer que la resolución judicial debe estar fundada en una ley, y no ir contra lo dispuesto en la misma. Pues en caso contrario, nos encontraríamos ante una arbitrariedad del tipo normativo, debiendo la resolución ser una derivación razonable de la normatividad en vigor.

En igual sentido se expide el ilustre doctrinario Carrió, explicando que uno de los motivos para considerar que nos encontramos ante resolución judicial arbitraria, es el error de premisa mayor, lo que implicaría la utilización de fundamentos legales arbitrarios para tomar la decisión: "*...los criterios de aplicación de la fórmula 'sentencia arbitraria' (o, si se prefiere el giro, las causales de arbitrariedad): ...II) A los FUNDAMENTOS de la decisión, y dentro de ellos: A) Al establecimiento de la premisa mayor. Así, hay sentencias 'que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que: (3) fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico'*"³.

En similar sentido, los doctrinarios nacionales Mendonca y Sapena citando a Sagües expresan cuanto siguientes "*De acuerdo con la clasificación de Sagües, es posible agrupar las causales en tres grupos, a saber: I) Arbitrariedad normativa, donde se consideran las hipótesis de sentencia arbitraria por no resultar una derivación razonable de la normativa en vigor, con seis alternativas básicas: sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas, sentencias con exceso de ritual, sentencias incongruentes, **sentencias que atentan contra la preclusión y la cosa juzgada**, sentencias autocontradictorias y sentencias inválidas*"⁴ (negritas de mi autoría).

Asimismo, al exponer los citados autores acerca de la jurisprudencia nacional más significativa clasifican las diversas causales de arbitrariedad

³ Carrió, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Tercera Edición. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1980. Página 297.

⁴ Mendonca, Daniel y Sapena, Mendonca. Sentencia Arbitraria. Editorial Intercontinental. Página 47 y ss.

de una resolución, encontrándose dentro de dichas causales previstas la de “*soslayar una disposición legal aplicable al caso*” y la de “*interpretar la ley de manera arbitraria, distorsionada y equivocada*”. Con respecto a la primera causal citada, se desprende que la misma se configura cuando el juzgador se extralimita de su poder discrecional dejando de lado la disposición legal y resuelve el caso de manera *contra legem*, transgrediendo con ello la norma contenida en el Art. 256 de la Constitución. Y, por otro lado, la de interpretar las normas aplicables al caso de manera errónea, apartándose del razonamiento lógico y coherente⁵.

En este sentido, se verifica que la causal alegada por el accionante se encuadra en el vicio de haber sido dictado *contra legem*, al haberse apartado de una disposición normativa aplicable, y en su caso, como menos haberse interpretado erróneamente el alcance previsto para dicha disposición legal - el Art. 387 del CPC- prevista para el recurso de aclaratoria.

La doctrina de la arbitrariedad encuentra su finalidad en la protección de los justiciables ante decisiones que no tengan otro fundamento que la voluntad de sus firmantes, encontrando su sustento en la gravedad de la lesión al “servicio de justicia” que se produce cuando una resolución judicial no responde a una derivación razonada y coherente del derecho aplicable al caso concreto. Pasaremos por ello a estudiar, la legalidad de la resolución atacada.

En cuanto a admisibilidad del recurso extraordinario contra resoluciones aclaratorias, la doctrina admite su revisión, siempre y cuando “*lo resuelto por aclaratoria rebasa palmariamente el ejercicio de la facultad prevista en las normas del rito aplicables*” (CSN: Fallos 301-169). En otras palabras, cuando lo resuelto por el recurso de *aclaratoria* altere lo sustancial de la sentencia de mérito.

La presente acción es incoada contra una resolución aclaratoria efectuada contra un auto interlocutorio dictado en instancia recursiva, por el

⁵ Cf Mendonca y Sapena. *Ibidem*. Página 57 “Al proceder de este modo al dictar la sentencia de primera instancia, se ha incurrido en arbitrariedad. La disposición legal citada como fundamento para resolver el conflicto ha sido interpretada y aplicada en forma incoherente y contraria a la lógica y a la doctrina existente en la materia, conculcándose así lo dispuesto en el artículo 256, 2º párrafo, de la Constitución. Como consecuencia el fallo dictado en alzada deviene arbitrario (Voto del Doctor Luis Lezcano Claude, S.D. N° 882/02)”.

cual se modificó, a su vez, el justiprecio fijado en concepto de regulación de honorarios profesionales del Abogado subrogado Porfirio León Zacarías, por los trabajos realizados en primera instancia por el Abogado Diego Cubas.

En el análisis, a fin de lograr un acabado entendimiento del marco en el cual se dictó la resolución, creo conveniente realizar un análisis cronológico de las resoluciones pertinentes.

En efecto, si bien se desprende de las constancias de autos que el Abogado Diego Cubas actuó como abogado patrocinante y procurador del Señor Joao Ademir Gallas, por A.I. N° 464 del 21 de junio de 2016 el Abogado Porfirio Zacarías León se subrogó en los derechos y acciones que pudieren corresponderle al Abogado Diego Cubas en concepto de regulación de honorarios profesionales por la labor realizada en la tramitación del juicio “AGRO SILO SANTA CATALINA S.A. C/ JOAO ADEMIR GALLAS S/ INTERDICTO DE RETENER POSESIÓN”.

En esta tesitura, por A.I. N° 557 del 21 de julio de 2016 (fs. 141/142), el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del quinto turno, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná resolvió: “*REGULAR los honorarios profesionales del Abogado PORFIRIO ZACARIAS LEON con Matrícula N° 14.150, en el proceso principal en esta instancia, dejándolos establecidos en la SUMA DE GUARANÍES SESENTA Y SEIS MILLONES (Gs. 66.000.000), más la cantidad de GUARANÍES SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL (Gs. 6.600. 000), en concepto de Impuesto al Valor Agregado*”.

Dicho auto interlocutorio, fue recurrido por ambas partes, y consecuentemente, por A.I. N° 235 del 22 de agosto de 2017 (fs. 211/212), el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial Alto Paraná resolvió “*RETASAR los honorarios profesionales del Abogado PORFIRIO ZACARIAS LEON, en la suma de DIEZ Y OCHO MIL DOLARES AMERICANOS, a lo que debe agregarse el 10% en concepto de IVA*”.

En dicha resolución, el Ad quem justipreció los honorarios del Abogado Porfirio Zacarías León, en base a los argumentos que se exponen a continuación. En primer lugar, sostuvo que ambas partes acordaron en la utilización como monto base del justiprecio el valor de la propiedad y no el beneficio obtenido de poder cosechar los granos de soja que estaban en la propiedad. Además de consentir la parte actora, el valor del inmueble asignado por el regulante al presentar estimación, consistente en la suma de U\$

6.000.000 (seis millones de dólares americanos) conforme se desprende de constancias de los obrantes a fs. 132/1334⁶.

Partiendo de dicho monto base el tribunal de alzada en aplicación del Art. 39 de la ley de honorarios resolvió reducir en un 80% los honorarios que hubieran correspondido a un juicio ordinario, atendiendo a que el juicio principal trata de un interdicto posesorio, quedando reducido, así como monto base para el justiprecio en la suma de U\$ 4.800.000 (cuatro millones ochocientos mil dólares americanos). Asimismo, mencionan la aplicación del Art. 27 inc. d) de la citada ley, arguyendo que correspondería reducir el monto atendiendo a que el regulante solo actuó en una de las tres etapas previstas en el juicio de interdicto, sin embargo, de la misma resolución se desprende que en puridad el *Ad quem* no realizó reducción alguna del monto a justipreciar en virtud de la citada disposición legal.

Posteriormente, el *Ad quem* en aplicación del Art. 32 de la ley N° 1376/88, determinó que, en virtud a las actuaciones efectuadas por el Abogado Diego Cubas, posteriormente reclamadas por el Abogado Porfirio Zacarías León, en su carácter de subrogado, correspondía un 5% del monto base, quedando en la suma de 240.000 U\$ (doscientos cuarenta mil dólares americanos).

Finalmente, citando el Art. 22 de la ley N° 1376/88 y alegando⁷ la aplicación del porcentaje menor por la cuantía, el Tribunal resolvió justiprecio los honorarios en la suma de U\$ 18.000 (dieciocho mil dólares americanos), aclarando que dicha suma se concedía en el doble carácter. Es decir,

⁶ Escrito presentado por el representante de la actora Agro Silo Santa Catalina, expresando cuanto sigue “...solicito se prescinda de la tasación de la Finca N° 8702 del Distrito de Yhú, al considerar que el valor atribuido por la contraparte es aquiescente con el valor real de la heredad. De esta manera no es necesario tasar la heredad, en el marco del procedimiento del art. 26 de la Ley 1376/88, al no existir oposición”.

⁷ Ver copia de resolución obrante a fs. 11 de estos autos, A.I. N° 235 del 22 de agosto de 2017. “circumscripita la cuestión en esos términos, observando rigurosamente las disposiciones legales ya referidas precedentemente y aplicando el 5% de conformidad con lo previsto en el Art. 32 de la Ley 1376/88, resultando la suma de, \$ 240.000.000 **y por aplicación del Art. 22 de la referida ley aplicando el porcentaje menor por la cuantía y la labor profesional en el doble carácter corresponde la aplicación de la suma de \$ 18.000,00 (DIEZ Y OCHO MIL DOLARES AMERICANOS)**” (negritas de mi autoría).

haciendo las inferencias lógicas pertinentes se desprende que, por aplicación legal, dentro de su ámbito discrecional el Ad quem resolvió conceder en el doble carácter 7.5 %, asumiendo que correspondería un 5% en su calidad de patrocinante y un 2.5% en su carácter de procurador, conforme a lo dispuesto en el Art. 25 de la ley arancelaria.

Así las cosas, se verifica que por A.I. N° 235 del 22 de agosto de 2017-objeto del recurso de aclaratoria hoy cuestionado- se resolvió retasar los honorarios del Abogado Porfirio Zacarías León, en la suma de Dólares americanos dieciocho mil más el 10% en concepto de IVA, desprendiéndose del cuerpo de la resolución que dicho justiprecio correspondía en el doble carácter, procurador y patrocinante.

Como consecuencia, del recurso de aclaratoria interpuesto por el Abogado regulante Porfirio Zacarías León, contra el auto interlocutorio individualizado en el párrafo que antecede, el Tribunal resolvió por A.I. N° 246 del 5 de julio del 2018 (fs. 12/14): *“HACER LUGAR al recurso de aclaratoria interpuesto el Abogado Porfirio León Zacarías contra el A. I. N° 235 de fecha 22 de agosto de 2017 dictado por este Tribunal. En consecuencia, dejar establecido en la suma de dólares 90.000 (noventa mil dólares americanos) los honorarios profesionales del Abogado Porfirio Zacarías, más lo correspondiente al I.V.A.”*.

Al respecto, el tribunal alega la existencia de un error involuntario, específicamente del tipo aritmético⁸, encuadrando el vicio de la resolución recurrida en el Art. 387 inc. a) del CPC. El Ad quem arguyó que el supuesto error se configuró específicamente al momento de realizar la reducción del justiprecio prevista en el Art. 22 de la ley arancelaria, recalcando que no se trataría de un error de derecho que cambiaría la cuestión sustancial a través de la vía de aclaratoria, sino de un mero *“error material aritmético en la lógica del cálculo”* revisable por el recurso de aclaratoria.

De lo expuesto, se verifica que efectivamente por resolución aclaratoria -hoy impugnada- se modificó para arriba el monto de justiprecio que supelementalmente correspondería al Abogado Porfirio Zacarías León. La cues-

⁸ Ver copia de resolución agregada a fs. 13 vlto. de estos autos, A.I N° 246 del 5 de julio de 2018. *“los artículos aplicados y los porcentajes son los correctos, pero con la salvedad de que se produjo un error aritmético que conllevó a un monto diferente a la lógica del cálculo y los artículos aplicados”*. (negritas son mías).

ción, radica en determinar si dicha modificación efectuada, sería una cuestión sustancial, a fin de determinar la procedencia -o no- de la vía de la aclaratoria.

De la regulación de honorarios retasada en segunda instancia, se desprende que efectivamente el *Ad quem* hace alusión a la disposición legal contenida en el Art. 22 de la ley 1376/88, pero que en ningún momento especifica el porcentaje elegido dentro del marco legal. Muy por el contrario, el mismo órgano juzgador establece que la reducción se realizaba por aplicación del Art. 22 de la ley arancelaria, *aplicando el porcentaje menor por la cuantía*⁹.

En la disposición normativa contenida en el Art. 22 de la Ley 1376/88 se dispone: “En los incidentes se regularán los honorarios, teniendo en cuenta: a) el monto reclamado en el principal; b) la consecuencia inmediata o mediata que tendrán sobre el resultado del juicio principal; c) los elementos de apreciación señalados en el artículo 21. El monto regulado podrá llegar hasta el veinte y cinco por ciento de la suma correspondería por igual concepto en la causa principal, pero en ningún caso será inferior a tres jornales”.

El adverbio “hasta” indica el límite máximo de una cantidad variable¹⁰. Independientemente de la defectuosa fundamentación, si bien el tribunal de alzada no señaló el porcentaje a ser reducido en virtud de la disposición legal prevista para los incidentes -art. 22 de la ley 1376/88-, se verifica que sí estableció un guarismo correspondiente. Dicha cantidad numérica o guarismo se corresponde y está dentro de los límites de la norma aplicada. Es decir, de las constancias de la resolución de retasa, se desprende que el juzgador designó un guarismo aritmético dentro de los límites previstos en la norma aplicable.

A mayor abundamiento, se puede constatar que el mismo tribunal de alzada habla del doble carácter al momento de justipreciar la suma de U\$ 18.000, por lo que mal podría desdecirse posteriormente acerca de la voluntad expresada en la resolución objeto de aclaratoria. Es decir, de los argumentos expuestos por el tribunal se desprende que el U\$ 18.000, sería un

⁹ Cfr. copia a fs. 11 de estos autos, y a fs. 212 del expediente de regulación de honorarios profesionales.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. <https://dle.rae.es/hasta>

cálculo en el doble carácter, infiriéndose al respecto que se asignó U\$ 12.000 en carácter de patrocinante y U\$ 6.000 por las labores realizadas como procurador.

No se puede averiguar el fuero interior de un magistrado. En este sentido, independientemente de la defectuosa fundamentación de la resolución de retasa de regulación en segunda instancia - A.I. N° 235 del 22 de agosto de 2017-, citadas las normativas aplicadas y establecidos correspondientes guarismos se infiere que el *Ad quem* le fijó el justiprecio por las labores realizadas en carácter de patrocinante en un 5% del monto base, es decir, dentro del margen previsto en el Art. 22 de la ley arancelaria, y que adicionó el porcentaje de 2.5% por las labores realizadas en carácter de procuración.

Es decir, por resolución aclaratoria -A.I. N° 246 del 5 de julio de 2018- el juzgado modificó el justiprecio arguyendo un supuesto error aritmético al momento de realizar la reducción porcentual para los casos que terminan con incidente de caducidad de la instancia, como el caso de autos.

En este sentido, sosteniendo que el porcentaje previsto en el art. 22 de la Ley arancelaria fue seleccionado adecuadamente, pero que por un error en el cálculo se calculó equivocadamente concediendo la suma de U\$ 18.000 modificó el monto justipreciado a la suma de U\$ 90.000, haciendo la disquisición que U\$ 60.000 correspondían a los trabajos realizados en carácter de patrocinante y U\$ 30.000 a la labor realizada en carácter de procurador.

Por lo que, siguiendo estos lineamientos se desprende que la resolución impugnada - A.I. N° 246 del 5 de julio de 2018-, se inmiscuye en cuestiones substanciales atinentes a la voluntad de los juzgadores expresada en la resolución -fijación de porcentajes dentro del marco legal- y no en un simple error de cálculo aritmético como lo alegaran los juzgadores al momento de dictar la resolución impugnada. Es decir, se atacó una cuestión substancial a través del recurso de aclaratoria, no siendo la vía procesal idónea.

Si bien el recurso de aclaratoria prevé la posibilidad de enmienda de errores materiales, lo cual en cierta medida implica una modificación del fallo, cabe recalcar que dicha facultad encuentra su límite en la alteración de lo sustancial de lo decidido, siendo dicha limitación congruente con el principio de inmutabilidad.

Con respecto a la importancia de la inmutabilidad para evitar sentencias exploratorias del parecer de los justiciables, se expiden en su obra Azpelicueta y Tessone citando a Couture “Afirmaba Couture, que la inmutabilidad no tiene más finalidad que la de compeler al magistrado a que en sus sentencias agote el estudio y la reflexión. Si la sentencia del juez pudiera ser provisoria y enmendada por el mismo conforme advirtiera su error, es bien probable que existirían sentencias de tanteo, dirigidas a saber cómo piensan las partes respecto de ellas, y mantenerlas o revocarlas luego en la medida de la protesta”¹¹.

Como es sabido, en la aclaratoria deberá mantenerse la voluntad expresada en la resolución recurrida por el juzgador, pudiendo limitarse a enmendar por esa vía la expresión de dicha volición. Es decir, bajo ninguna circunstancia podrá reexaminar las cuestiones sustanciales que hacen a la integridad ideológica de la sentencia.

El recurso de aclaratoria por vicio de error se encuentra destinado a despejar dudas interpretativas generadas en deficiencias idiomáticas o imprecisiones terminológicas, imponiéndose siempre el deber de mantener la voluntad del juzgador expresada en la sentencia de mérito. En otras palabras, se considera que una aclaratoria se encuentra dentro de la zona permitida, siempre que las correcciones realizadas no hagan a la decisión en sí misma.

En este entendimiento, no puede bajo pretexto de realizar una corrección en la manera de discurrir del juez, alterar su integridad ideológica de la resolución aclarada. Se considera que la aclaración altera lo sustancial cuando bajo la excusa de precisar los términos empleados en el pronunciamiento, vuelve sobre un acto de voluntad plasmado en la resolución revisada.

A fin de determinar dicha extralimitación de la zona permitida, considero oportuno traer a colación ejemplos de situaciones análogas y similares en las que se determinó, en fallos extranjeros, que la aclaratoria importaría una errónea alteración sustancial del fallo: *“La resolución dictada por este tribunal, al considerar el monto de la ejecución, importancia, calidad y mérito de los trabajos realizados, contiene claramente los fundamentos que sustentaron la modificación de los honorarios regulados oportunamente en*

¹¹ Azpelicueta-Tessone. La Alzada. Editorial Platense SRL. Página 251.

la anterior instancia; a lo que cabe adunar, que la restante aclaración que se pretende, deviene abstracta en los términos solicitados” (CC0002 QL1313 RSI-92-00128-6-2000); “*No es de las autorizadas por los artículos 166, incisos 2a y 36, inciso 3a del Código procesal civil, la aclaratoria que modifica las regulaciones de honorarios sobre la base de una nueva valoración de las actividades desarrolladas por los letrados intervinientes por la parte, ya que la modificación de las pautas computadas en la decisión originaria, implica una modificación sustancial del fallo definitivo, emitido con exceso del ejercicio de la atribución invocada mediante la citada de los preceptos de referencia*” (SCBA, Caua L-30.572, DJBA. V. 122, p. 157 del 26 de marzo de 1982); “cuando, so color de aclarar, se variaron los índices de actualización monetaria aplicados en la sentencia” (SCBA: A y S 1977-11-1088); “excede de los límites impuestos por el art. 166 inc. 2) del Código Procesal Civil y Comercial la resolución aclaratoria que practica una nueva asignación de honorarios modificando la base tenida en cuenta para la anterior” (L. 60204 S 18-3-1997. A y S 1997 1, 495).

Si bien, el tribunal al dictar la resolución impugnada, se basó en el presupuesto de un error material aritmético, de las constancias de autos se desprende claramente que la resolución objeto de aclaratoria se dictó dentro del límite del marco regulatorio encuadrado cuando le concedió 7,5% del monto base, por las labores realizadas por el profesional en el doble carácter. Es decir, la resolución aclaratoria -hoy impugnada- no se limitó a subsanar un aritmético propiamente, sino que en la misma existe un cambio substancial de la voluntad expuesta por al momento de dictar resolución regulatoria, existiendo por tanto una clara contravención a las premisas legales, previstas en el Art. 387 del CPC.

En otras palabras, por resolución aclaratoria -A.I. N° 246 del 5 de julio de 2018-, el Tribunal modificó el justiprecio arguyendo un supuesto error material que no hacía a la voluntad del juzgador. Sin embargo, realizando una revisión exhaustiva de ambas resoluciones -auto interlocutorio aclarado y aclaratoria-, se desprende claramente la existencia de una modificación substancial del fallo a través de una vía inidónea para hacerlo. Existiendo, con ello una abierta contravención a la disposición legal prevista en el art. 387 del CPC, y encontrándonos, por tanto, ante una resolución arbitraria por violación del Art. 256, 2° párrafo de la Constitución de la República.

Con relación a las costas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 205 del Código Procesal Civil, en concordancia con el Art. 192 del mismo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

cuerpo legal, corresponde imponer las costas a la parte accionante perdidosa en el proceso.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida contra el A.I. N° 246 de fecha 5 de julio de 2018, dictado por el cual el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial Alto Paraná, y en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la misma. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

SENTENCIA NÚMERO: 511

Asunción, 31 de diciembre de 2020.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 246 del 5 de julio del 2018, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala de Ciudad del Este, Circunscripción Judicial de Alto Paraná.

REMITIR estos autos al Tribunal que le sigue en orden de turno, de conformidad a lo establecido en el Art. 560 del Código Procesal Civil.

IMPONER costas a la perdidosa, conforme a lo previsto en el Art. 192 del Código Procesal Civil.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Mónica y Alberto J. Martínez Simón.

Ante mí: Abg. Julio C. Pavón Martínez, Secretario.

Sala Civil

ACUERDO Y SENTENCIA N° 112

Cuestión debatida: *Es o no procedente la demanda por indemnización promovida por los daños causados por supuesta mala praxis médica, contra Santa Clara S.A. Medicina Prepaga. El desistimiento parcial de la acción con respecto al médico no impide el estudio ni la eventual configuración de responsabilidad de Santa Clara S.A., la responsabilidad del médico y la del centro de medicina prepaga son distintas y concurrentes.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Cuando entre la asegurada y el seguro existe nexo contractual anterior, referido a un contrato, del que emergen obligaciones para cada una de las partes, cuya inobservancia trae aparejadas consecuencias jurídicas, el régimen de atribución de responsabilidad es el contractual, legislado en los artículos 421 y siguientes del Código Civil.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Procedencia.

Para la procedencia de la demanda por responsabilidad contractual deberán acreditarse los siguientes presupuestos: a) la antijuridicidad, referida al incumplimiento total o parcial de la obligación contractual; b) el daño, que deberá ser real, concreto e imputable al incumplimiento contractual; c) la culpa o dolo atribuidos al incumplidor; d) el nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño acaecido como consecuencia del incumplimiento.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Régimen Probatorio.

Quien reclama indemnización fundado en el artículo 420, inciso c), del Código Civil –Responsabilidad Contractual- sólo deberá demostrar la existencia del Contrato y el incumplimiento del deudor. A su vez, el deudor acreditará que cumplió con su obligación o que le son aplicables algunas de las eximentes de responsabilidad establecidas en el Artículo 426 del Código Civil (vr. gr.: caso fortuito o fuerza mayor o culpa del deudor). Y, en caso contrario, responderá por las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento,

según aquel sea culposo (consecuencias inmediatas) o doloso (consecuencias mediatas previsibles), normado en el Artículo 425 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Antijuridicidad.

Para determinar la antijuridicidad contractual habrá que dilucidar si existió transgresión de lo pactado expresamente en el contrato y de las consecuencias virtualmente comprendidas en él, según el artículo 708 del Código Civil.

OBLIGACIONES DEL DEUDOR.

En cuanto a las obligaciones del deudor, cabe señalar que sector de la Doctrina las clasifica entre obligaciones de medios y resultados. En virtud a esa tipificación doctrinaria, si la obligación es de medios no cabe presumir la culpa del deudor y es carga del actor acreditar la culpa del incumplidor. En cambio, si la obligación es de resultados, el deudor es quien debe probar que cumplió con su obligación o no pudo hacerlo por causa no imputable al mismo, es decir, por culpa ajena, caso fortuito o fuerza mayor.

OBLIGACIONES DEL DEUDOR.

La clasificación entre obligaciones de medios y resultados, no tiene base normativa. Y de ser aplicada influiría -notoriamente- en el régimen probatorio que rige en materia de cumplimiento de obligaciones contractuales, establecido expresamente en los artículos 421 y siguientes del Código Civil. En virtud del cual es el deudor quien carga con la prueba del cumplimiento de su obligación. Ésta Magistratura (Ministro César Antonio Garay ya juzgó la misma posición jurídica, en Fallos anteriores (vr. gr.: Acuerdo y Sentencia Número 106, del 3 de Diciembre del 2.019).

CONTRATO. Adhesión. Consumo. Medicina Prepaga.

El contrato de medicina prepaga es de Adhesión y de Consumo, regido por Ley N° 1.334/98 (De Defensa del Consumidor). Es de adhesión porque contiene cláusulas predisuestas, esto es, celebrado por adhesión a condiciones generales, en que la empresa prestadora del servicio fija unilateralmente cláusulas a que habrán de ajustarse conductas de las Partes, sin posibilidad de negociación por el contratante. Y de consumo, pues establece relación o nexo de consumo entre el prestador del servicio de medicina prepaga y el usuario.

RESPONSABILIDAD. Culpa médica. Aseguradora.

Acreditada la culpa médica, surge automáticamente la responsabilidad de la entidad aseguradora, que -por lo demás- también responde como Titular del “Sanatorio Santa Clara”. Dicho deber de reparar es objetivo y directo, pues descansa en la conculcación de la obligación de seguridad y garantía.

RESPONSABILIDAD. Solidaria. Concurrente. Aseguradora. Médico.

La responsabilidad de la entidad aseguradora es solidaria y concurrente con la del médico tratante, en razón que la obligación general de seguridad asumida frente a los pacientes consiste en prestar asistencia en forma adecuada y sin causar perjuicio a los pacientes (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 2, 4/8/83, Juris, t. 72, p. 181). De ahí que el desistimiento de la Acción respecto al médico no releva de responsabilidad a la prestadora de servicios, que responderá por el todo.

CONDENA. Rubro Fijado.

Al no existir otro agravio tendiente a modificar el monto de la condena, no queda más que confirmar el rubro fijado por el Tribunal en concepto de daño emergente y daño moral, así como los intereses moratorios a ser calculados a mensual tasa del 2,7 %, desde el día de la notificación de la demanda hasta el pago efectivo de la obligación.

ACCIÓN. Desistimiento Parcial. RESPONSABILIDAD. Médico. Medicina Prepaga.

El desistimiento parcial de la acción con respecto al médico no impide el estudio ni la eventual configuración de responsabilidad de Santa Clara S.A., puesto que, como bien se dijo en segunda instancia, la responsabilidad del médico y la del centro de medicina prepaga son distintas y concurrentes.

CONCURRENCIA DE OBLIGACIONES.

La concurrencia de dos obligaciones que, autónomamente consideradas, corresponden a cada codemandado: uno responsable por su hecho propio -el médico- y otro por el hecho de ser contratante del primero -centro de medicina prepaga Santa Clara S.A. Se advierte, así, que si bien ambos

vínculos obligacionales responden a un mismo acreedor y coinciden en el objeto (indemnización), difieren en cuanto a la causa eficiente que les da origen. Es, precisamente, aquella la nota distintiva entre las obligaciones *in solidum* o concurrentes (también llamadas solidarias imperfectas), donde existen pluralidades de vínculos obligacionales ligados entre sí, pero con causas fuentes distintas, aunque ligadas a un mismo objeto; y las obligaciones solidarias perfectas, que se originan y responden a una misma causa-fuente.

PRETENSIÓN. ACREEDOR. DEUDOR. SISTEMA INDEMNIZATORIO.

El acreedor tiene la libertad de dirigir su pretensión contra la totalidad de los deudores -acumulando los títulos diversos- o contra cualquiera de ellos, de manera singular, con el único límite de no poder cobrar doblemente, ya que el pago que cualquiera de ellos haga exonera a los restantes obligados. En efecto, mal podría pretender el acreedor burlar el sistema indemnizatorio y obtener, así, una doble reparación por un mismo hecho, puesto que ello constituiría un claro enriquecimiento injustificado del mismo. Por tanto, basta con que uno de ellos repare el daño causado, para que la pretensión del acreedor se vea satisfecha.

CONTRATO. Medicina Prepaga.

El contrato atípico y complejo que celebra el usuario con el centro de medicina prepaga se escinde en, como mínimo, dos componentes necesarios cuando se tratan de listas o planes cerrados, así como aditamento al deber de acercar profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina a sus usuarios, el ente debe garantizar, por sobre todo, que dichos servicios sean prestados de manera eficaz pudiendo, según los casos, también agregarse otros elementos y obligaciones, como el caso en que el ente prestador de servicios opere a través de un centro hospitalario, en cuyo supuesto se añaden otras aristas, como ser, un contrato de hotelería, un convenio explícito o implícito de seguridad o cuidado, un contrato de atención médica, etc.

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

La doctrina ha logrado diferenciar dos categorías bien distintivas de hechos que comprometen la responsabilidad de la prepaga: los hechos de la

empresa y los hechos del médico (Vide: Lorenzetti, R. (2011). *Responsabilidad de la empresa médica* (2ª ed., p. 416 y ss.). Abeledo-Perrot).

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

Los hechos de la empresa, la doctrina explica que aquellos son los ocasionados con independencia del actuar de sus dependientes, por lo que emanan de la defectuosa prestación de servicios o por faltas organizativas; riesgo de las cosas utilizadas en la labor, la higiene de los establecimientos, etc. El factor de atribución en estos supuestos se da por el deber de seguridad que se encuentra ínsito en los contratos celebrados con sus usuarios, que no es más que la virtual consecuencia del principio de buena fe contractual. Como fácil puede advertirse, no se juzga aquí la culpa del dependiente o sustituto, “...ya que el objeto del juzgamiento es si la clínica o la empresa médica desarrolló una organización empresarial adecuada para prestar el servicio, que luego ejecuta el médico en el caso concreto”.

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

La responsabilidad de la empresa prepaga puede derivar, también, de los hechos de los médicos o auxiliares de los cuales se sirve para cumplir con su prestación. Sobre este supuesto, la doctrina en la materia ha elaborado varias teorías que, si bien disimiles en fundamentos, coinciden en superar el tropiezo que se presenta ante la aparente ausencia de subordinación o dependencia entre el médico y el ente. Es así como se pasó de una tesis atomista (conforme la cual el paciente celebraba contratos independientes con todos los que intervenían en el proceso), a una tesis tripartita (según la cual el centro de medicina prepaga celebraba un contrato con el médico, a favor del paciente), para finalmente diseñar una tesis bipartita.

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

La obligación del centro de medicina prepaga estriba del ensanchamiento del vínculo obligatorio con el usuario, mediante la inclusión de auxiliares o terceros para el cumplimiento de la prestación prometida.

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

Derivada la responsabilidad del ente de medicina prepaga al accionar doloso o culposo de su dependiente, del cual responde ante la persona asegurada –art. 422 C.C.- debemos dirigir nuestra atención entonces a valorar

la conducta de los médicos involucrados en el diagnóstico y tratamiento de la asegurada, puesto que la eventual responsabilidad de Santa Clara S.A. surgiría de la verificación de un actuar culposo o doloso de aquellos.

ACREEDOR. Resultado. DEUDOR. Conducta Diligente.

Aun cuando el interés del acreedor está destinado al *resultado* y no precisamente a la *conducta diligente* a ser desplegada por el deudor, no puede soslayarse que la *aleatoriedad* no es un factor que pase fácilmente desapercibido para el acreedor quien, en la mayoría de los casos, estará consciente de los factores externos que confluyen y podrían influir en el resultado obtenido a través de la actividad del deudor. Como lógica consecuencia, en estos escenarios, el deudor no puede responder por un resultado que, en gran medida, no dependía de aquel, más aún cuando las partes estaban conscientes de esas características.

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

El médico por regla general, y en principio, no puede -ni podría- pactar la curación del paciente -lo que sería ilícito y contrario al orden público, sino que se debería comprometer al empleo de los medios adecuados e idóneos para lograr el resultado anhelado por el paciente.

DEBER DE INFORMACIÓN.

Es correcto suponer que el paciente concurre al médico con la esperanza de obtener un resultado favorable y, toda vez que no se encuentre ante supuestos de suma complejidad, tiene grandes esperanzas de éxito: *“En la medicina, vuelta ardua, compleja y con tantas variantes, acontece exactamente lo mismo, desde una cirugía plástica hasta otra de alta peligrosidad. El paciente debe ser informado, de lo contrario, tiene derecho a creer en la curación, en la simplicidad de los actos médicos.”* (Mosset Iturraspe, op. cit., T II, p. 82).

DEBER DE INFORMACIÓN.

El deber de información se presenta como una especie de traslación de toma de decisión sobre los riesgos al paciente o que, como explica Mosset Iturraspe, en caso contrario, implicaría, en alguna medida que el médico está comprometiendo “un buen resultado”. Sin embargo, nuevamente, entendemos que la cuestión no se presenta tan absoluta: no podría -ni debería-

equipararse una cirugía de alta complejidad como la de las denominadas “a corazón abierto” o de cerebro, con la de apendicitis o un tratamiento clínico sumamente sencillo.

DEBER DE INFORMACIÓN.

Se hace difícil concebir que el incumplimiento del deber de información se presente como un deber infranqueable que anule toda aleatoriedad, por ello dicho deber se cumple a través de hacerle saber al paciente, en la generalidad de los casos, es decir, cuando la información no apunte a afectar sensiblemente su estado de ánimo y a empeorar su salud, cuáles son las consecuencias que previsiblemente se presenten en el caso concreto. El deber de información no implica que el médico deba dar cuenta de todas y absolutamente todas las consecuencias que la ciencia médica ha detectado, aún aquellas que se dan en proporciones de un dígito en, literalmente, decenas de miles de casos similares.

OBLIGACIONES DE RESULTADOS. OBLIGACIONES DE MEDIOS.

En las relaciones contractuales, y específicamente en el ámbito de la medicina, se comprende un universo muy heterogéneo de comportamientos, con repercusión evidente en el régimen jurídico y probatorio aplicable. De allí que es necesario tener en cuenta las particularidades de cada caso a fin de identificar el régimen pertinente, lo que refuerza la necesidad de discriminar las obligaciones de resultado y de medios, con los matices que las caracterizan, y consecuencias que acarrear.

OBLIGACIONES DE MEDIOS. Régimen Probatorio.

En lo que respecta a las obligaciones de medio, la concepción rígida de la clasificación carga sobre el acreedor la prueba de la culpa del deudor. La injusticia y la poca practicidad de esta carga procesal fue señalada por la doctrina en su tiempo, ante lo cual se creó una válida reacción. De suyo va que, como consecuencia de los cambios de pensamiento de la sociedad, se fue bosquejando la idea de una interpretación flexible de la clasificación, conforme la cual, en materia de obligación de medios, el deudor es quien debe probar su propio cumplimiento, cuando se encuentra en mejor posición de demostrar el hecho conflictivo. Históricamente, así, precisamente en casos de responsabilidad médica, nació la teoría denominada de las cargas

probatorias dinámicas, que trasladan al demandado –médico, en este tipo de casos- la obligación probatoria, pues es este quien tiene la prueba en sus archivos o registros de los hospitales o centros asistenciales.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Carga probatoria.

De acuerdo con lo que prescriben nuestros ordenamientos jurídicos en materia de reclamos contractuales: tanto si se demanda por indemnización de daños o el cumplimiento forzoso de la obligación contractual (incs. a y c, art. 420 C.C.), es el deudor quien debe aportar prueba de su cumplimiento, y no el acreedor (arts. 569, 570 y 719 C.C.).

ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. MÉDICO.

Cuando la atribución de responsabilidad se basa en la conducta supuestamente indebida del médico, los registros del hospital o centro similar o los del propio médico, son los que deberían reconstruir lo sucedido a fin de determinar si el resultado dañoso se debió o no, realmente, a una falta de debido cuidado; es claro que es el médico demandado o el hospital o similar, en su caso, el que está en mejor posición de probar los extremos para aclarar este punto.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Carga probatoria.

Quien debe cargar con la prueba de descargo es aquel o a quien los hechos acusan por si mismos (la famosa alocución latina del *res ipsa loquitur* o los hechos hablan solos), vale decir que, ante la evidencia del daño grave, se crea una suerte de presunción de negligencia, cuando la causa del mismo no es fácilmente explicable, a no ser que sea considerando la culpa de una persona. Quien invoca un hecho extraordinario, debe necesariamente probar el mismo, puesto que es inconcebible presumirlo.

OBLIGACIONES DE MEDIOS.

La figura de las obligaciones contractuales calificadas como “de medio” o de diligencia, específicamente en las prestaciones médicas, ante las cuales el juzgador debe preguntarse: *¿se cumplió con el deber de informar al deudor? ¿Quién se encuentra en mejor posición para probar la mecánica del hecho y las causas de sus consecuencias? ¿Se alegaron hechos extraordinarios como defensa o sustento de alguna pretensión?, y ¿qué puede inferirse de los hechos presentados?*

OBLIGACIONES DE RESULTADOS.

En lo que concierne a las obligaciones de resultado, el carácter objetivo de la obligación se impone en la doctrina moderna. Por tanto, el acreedor solo podrá eximirse si prueba la culpa del acreedor, o el *casus* o fuerza mayor que interrumpan el nexo causal obligatorio. Entonces, en estos supuestos, la discusión no gira en torno de la culpa o no culpa del deudor, sino a la existencia o no de factores externos al deudor, que lo eximan de responsabilidad.

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

La similitud de síntomas de enfermedades podría llegar a servir de justificativo para el error de diagnóstico, entiendo que ello solo será así siempre que el médico haya realizado y agotado las pruebas correspondientes, por lo que la confusión no estriba de una mera negligencia, sino de las características o dificultad de la enfermedad misma.

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Al médico se le exige un estudio adecuado y suficiente del paciente, y no el resultado mismo (diagnóstico correcto), empero, ello no da luz verde para que el médico pueda omitir un paso tal esencial como es la actuación diligente a fin de apuntar a la identificación correcta de la dolencia a ser tratada.

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

La prueba pericial deja en claro que el médico tratante persistió con el diagnóstico presuntivo inicial, sin siquiera ocuparse de corroborarlo. En efecto, se lee del primer punto de la prueba pericial que el diagnóstico inicial con el cual fue admitida la paciente fue de gastroenteritis aguda que, ciertamente, se compadecía con su historial clínico. Luego, se advierte de dicha prueba que la paciente se retiró “sin mejoras”, como consecuencia del alta dada por el médico. Describe el perito, con suma perplejidad, que los médicos mantuvieron el diagnóstico inicial sin cotejarlo, tratándolo de manera simplemente sintomática, cuando que la práctica médica exige agotar los métodos razonables y disponibles de corroboración, por lo que es de buena praxis reevaluar y contrastar el estado del paciente las veces que sean necesarias, de modo tal a considerar definitivo el diagnóstico.

RESPONSABILIDAD MÉDICA.

La apendicitis aguda es uno de los diagnósticos clínicos más frecuentes, por lo que cualquier dolor periumbilical o en la fosa iliaca derecha debe inducir primero a creer que se está ante aquella dolencia. Se advierte de la pericia, que ni siquiera los exámenes clínicos de rigor fueron llevados a cabo por el médico tratante, limitándose a realizar una prueba de ecografía, aun cuando esta no sería la más idónea para el caso.

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

El argumento de la empresa prepaga, entonces, pierde toda virtualidad puesto que siquiera se realizaron los estudios de rutina de modo a alegar que el error de diagnóstico se dio aun cuando medió un actuar diligente e idóneo del médico tratante. Más aún, de la prueba pericial transcrita se advierte que el médico no contactó con los especialistas (gastroenterólogo o cirujano general) de modo tal a confirmar el supuesto caso de gastroenteritis (que en realidad era apendicitis). Todo esto denota, a las claras, el incumplimiento de los deberes del médico, lo que trae aparejada la responsabilidad de la empresa prepaga.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Morigeración.

La morigeración de la culpa cuando se trata de médicos, alegando que estos solo responden cuando el “error es grave e inexcusable”.

NEGLIGENCIA MÉDICA.

La facilidad de diagnóstico, así como la frecuencia de la dolencia (apendicitis), permiten desterrar todo posible argumento de “situación extraordinaria, compleja o controvertida científicamente”. Sin más, estamos ante un claro caso de negligencia médica evidente, en una situación que no implicaba dificultad científica mayor.

CONCURRENCIA DE OBLIGACIONES.

La actora ha decidido dirigir su pretensión exclusivamente contra la empresa prepaga, cuestión para nada objetable cuando se trata de obligaciones *in solidum*, y toda vez que exista un crédito remanente, tal como lo dijimos. Cuestión distinta ya son las posteriores acciones que pudieran surgir como consecuencia del pago hecho por uno de los deudores.

RESPONSABILIDAD. Medicina Prepaga.

La responsabilidad de la empresa prepaga surge puesto que han fracasado en demostrar que el servicio de sus auxiliares haya sido idóneo, adecuado, conducente, conforme a la ciencia, técnica, arte u oficio, y puesto al día de los mejores avances de la ciencia. Es más, se ha demostrado muy evidentemente, la situación inversa, es decir, que fue el médico dependiente de la empresa prepaga la que ha caído en actos notoriamente negligentes. Tampoco se desprende de autos que el demandado haya alegado y menos probado, un hecho extraordinario, caso fortuito o fuerza mayor con suficiente entidad como para liberarlo.

CONDENA. Monto.

En lo que hace al monto de la condena, Santa Clara S.A. no acreditó el monto del acuerdo reparatorio arribado entre la actora y el médico—si hubo el mismo— por lo que el mismo no puede ser tomado en cuenta. Así también, al igual que el preopinante, entiendo que al no mediar otro agravio a este respecto, corresponde confirmar la cuantía asignada por el *ad quem*.

INDEMNIZACIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS. Interés.

En cuanto a los intereses, debo señalar (Ministro Alberto Martínez Simón) que, si bien sostengo un criterio distinto al indicado como inicio del cómputo de los mismos (día de notificación de la demanda) y la tasa aplicada, el único apelante no hizo referencia al porcentaje aplicado ni al inicio del cómputo. En consecuencia, no puede variarse la primera cuestión -la tasa del 2,7% mensual- por no haberse expresado agravio específico al respecto, y no poder variarse tampoco el inicio del cómputo a una fecha anterior a la de la notificación de la presente demanda, por no poder agravarse la situación del único recurrente -prohibición de *reformatio in peius*-.

C.S.J. Sala Civil. 02/12/2020. “Juicio: Elena Riveros Pintos c/ Edgar Natalicio Aguilera y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 112).

Previa verificación de los antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, plantea las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Garay, Martínez Simón y Ramírez Candia.

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: los recurrentes no han interpuesto el Recurso y dado que no se advierten vicios que autoricen pronunciamiento de oficio, en los términos del Artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar el Recurso de Nulidad, según el Artículo 419 de dicha normativa. Así voto.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón dijo: **En cuanto al recurso de nulidad:** Me adhiero al voto del Ministro preopinante, por compartir las mismas razones.

A su turno el señor Ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia dijo: Adhiero al juzgamiento del señor Ministro Alberto Martínez Simón, por compartir mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por S.D. N° 763, del 30 de Septiembre del 2.015, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, resolvió: *“1.HACER LUGAR, a la Excepción de Falta de Acción opuesta como medio general de defensa, por el SANATORIO SANTA CLARA S.A. y el SANATORIO AMERICANO S.A. por los fundamentos expresados en el considerando de la presente sentencia, y en consecuencia; 2.NO HACER LUGAR, a la presente demanda que por INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR MALA PRAXIS MÉDICA Y PRESTACIÓN SANITARIA DEFICIENTE, promueve HELENA RIVEROS PINTOS contra el SANATORIO SANTA CLARA S.A. y el SANATORIO AMERICANO S.A., por improcedente; 3. IMPONER LAS COSTAS, a la parte vencida; 4. ANOTAR...”* (fs. 716/21).

Esa Resolución fue modificada por Acuerdo y Sentencia Número 23, del 2 Abril del 2.018, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, que resolvió: *“TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad interpuesto; CONFIRMAR, con costas, la sentencia recurrida en cuanto hace al rechazo de la demanda de indemnización de daños promovida por la Sra. Helena Riveros contra el Sanatorio Americano S.A., de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución; REVOCAR parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la demanda de indemnización de daños promovida por la Sra. Helena Riveros contra Santa Clara S.A., condenándola a pagar la suma de Gs. 254.452.203,*

más los intereses a la tasa del 2,7 % mensual, a computarse desde la fecha de la notificación de la presente demanda, de conformidad con lo expuesto en el considerando de esta resolución; IMPONER las costas en la demanda de indemnización de daños promovida por la Sra. Helena Riveros contra Santa Clara S.A. a la parte demandada y perdidosa, en ambas instancias, ANÓTESE...” (fs. 779/806).

Los recurrentes interpusieron Recurso de Apelación contra dicho Fallo (fs. 820). Por A.I. N° 843, del 4 de Febrero del 2.019, ese Tribunal de Apelación resolvió: *“CONCEDER, en relación y con efecto suspensivo, los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los Abgs. Rodrigo Andrés Chamorro Urbieta y María Elena López Vargas, contra los apartados tercero y cuarto del A. y S. N° 23, de fecha 02 de Abril de 2.018, dictado por este Tribunal...”* (fs. 821).

En los términos del escrito “memorial” obrante a fs. 827/38, los recurrentes solicitaron revocatoria del Fallo impugnado. Esgrimieron que el A quo meritó -únicamente- el Dictamen pericial atribuyendo -a éste- significado superior al que verdaderamente poseía. Expresaron que la responsabilidad de “Santa Clara S.A.”, en su calidad de prestadora de servicios en medicina pre-paga, se encontraba enlazada al resultado atribuible al Médico tratante, Dr. Edgar Natalicio Aguilera Gaona. En tal sentido, la responsabilidad de su representada era de índole objetiva, pues no se fundaba en su obrar culposo, sino en el factor de seguridad que se encontraba implícito en la prestación de sus servicios. Afirmaron que sólo podía eximirse de responsabilidad, ya sea por daños aducidos por la demandante o por resultar éstos consecuencia del caso fortuito o la fuerza mayor. Esgrimieron que fueron alegadas causales de exoneración de responsabilidad: a) la posibilidad que el cuadro de apendicitis agudo desarrollado por la paciente se haya gestado posteriormente al diagnóstico y tratamientos realizados por el Dr. Aguilera Gaona; y b) el acertado diagnóstico ejecutado por el Dr. Aguilera Gaona y la posibilidad que el tratamiento correctamente indicado hayan disimulado el cuadro de apendicitis en gestación. Respecto al primer supuesto, arguyeron que fue acreditado que la paciente sólo estaba aquejada de molestias propias del síndrome de intestino irritable, condición de la cual era portadora, según su historia clínica. Refirieron que la accionante fue minuciosamente observada por profesionales contratados, a lo largo de cuatro días -del 12 al 15 de Febrero de 2.018- sin que ninguno de éstos haya podido diagnosticar la supuesta apendicitis. Señalaron que de la respuesta

al punto de pericia número 14, a fs. 644, surge que el Perito no excluyó en forma categórica la posibilidad que el cuadro de apendicitis pudiera originarse con posterioridad al alta de Riveros de Pintos. Esgrimieron que, en caso de ese supuesto, quedó extinguida toda responsabilidad, pues no ha podido dar diagnóstico desacertado que irrogue daño invocado por la adversa, debiendo ella soportar los perjuicios derivados de su condición, según expusieron. En cuanto a la segunda hipótesis de exoneración, esgrimieron que las obligaciones que pesan sobre los profesionales de la medicina constituyen obligaciones de medios y no de resultados. Sostuvieron que la paciente concurrió al “Sanatorio Santa Clara” por molestias abdominales, las cuales bien podían ser por su condición de portadora del síndrome del colon irritable y celiaquía. Refirieron que la accionante fue atendida anteriormente en “UNIMEDIC” donde los profesionales Médicos que la asistieron arribaron al mismo diagnóstico que el Dr. Aguilera Gaona y le prescribieron fármacos orientados al tratamiento de gastroenteritis. Expresaron que la accionante fue atendida por numerosos profesionales Médicos, además del Dr. Aguilera Gaona, esgrimiendo que ninguno pudo diagnosticar apendicitis aguda posteriormente detectada, ya sea porque no existía al momento del diagnóstico o por el simple hecho que en ponderación a la historia clínica de la paciente, lo primero que debía descartarse, por resultar lo más frecuente, era un cuadro de gastroenteritis. Arguyeron que apendicitis aguda no era el primer caso a descartar y es por ello que todos los Médicos que observaron a Riveros Pintos -en principio- se inclinaron por diagnosticar gastroenteritis, prescribiéndole tratamiento adecuado para el cuadro gastroenteritis, al cual respondió en forma favorable. Señalaron que era posible que a la par, la paciente estuviera gestando cuadro de apendicitis, el cual jamás hubiera podido diagnosticarse, pues los fármacos recetados encubrían dicha gestación, que sólo podía ser descubierta ya encontrándose la apendicitis muy avanzada, como ocurrió en el caso. Arguyeron que existiendo diagnóstico correcto y tratamiento prescripto y a la par otra afección gestándose, no cabían dudas que la última afección sería de diagnóstico y sin señales exteriores, el hecho debía ser subsumido como supuesto caso fortuito. Aseveraron que para el eventual caso que se considere que el diagnóstico fue errado, el error de diagnóstico -por sí mismo- tampoco configuraba culpa, pues el Médico sólo podía responder cuando el error era grave e inexcusable, afirmando que la sintomatología de ambas afecciones no eran disímiles y sumado a la historia clínica de la actora, justifica plenamente la

diagnosís efectuada por el Dr. Aguilera Gaona. Asimismo, solicitaron disminución de la condena, señalando que condenar a su representada a la totalidad de la suma reclamada, equivaldría a legitimar enriquecimiento sin causa a costa del patrimonio de “Santa Clara S.A.”, afirmando que los intereses tampoco deberían ser estimados en base al total indemnizatorio reclamado por la actora.

El Abog. José Miguel Fernández Zacur, en representación de la actora, contestó traslado del escrito de expresión de agravios, solicitando confirmación del Fallo impugnado, en términos del escrito obrante a fs. 840/59. Esgrimió que la prueba de la culpa e impericia de los Galenos intervinientes resulta necesaria, porque equivaldría a la violación del deber de seguridad que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencia cuya omisión genera responsabilidad tanto del seguro como del nosocomio. Sostuvo que de las diligencias preparatorias se advierten que el cuadro tratado como simple gastroenteritis era en realidad apendicitis devenida (por negligencia inexcusable) en peritonitis generalizada de origen apendicular con shock séptico. Afirmó que mala praxis de los Médicos actuantes como la deficiente prestación de la medicina pre-paga y de los establecimientos asistenciales involucrados produjeron los daños a indemnizar. La ineptitud persistente del plantel profesional de “Santa Clara S.A. Medicina Prepaga” y “Sanatorio Americano”, provocó que una operación relativamente simple y oportuna de apéndice, se agigante en cirugía mucho más costosa, peligrosa y de secuelas mucho peores. Esgrimió que la medicina prepaga responde (como seguro y como hospital) por mala praxis de sus facultativos debido a que lucra con la prestación de los servicios asistenciales. Esgrimió que sea que se adquiera plan con lista médica cerrada o con lista médica abierta, la aseguradora responde frente a sus afiliados por la obligación tácita de seguridad que asume, por el Principio de buena fé. Esgrimió que “Santa Clara S.A. Medicina Prepaga” también respondía como Titular del nosocomio en cuya guardia su representada recibió uno de los primeros diagnósticos extraviados. Aseveró que su representada no recibió compensación económica alguna, pues el desistimiento sólo excluyó al Médico tratante de lo reclamado pecuniariamente, pero no imposibilitaba analizar su actuación deficiente. Ello así, porque la responsabilidad es indistinta, in solidum, conexas y concurrente.

La discusión está en determinar si es o no procedente la demanda por indemnización promovida por Helena Riveros Pintos, abonada del Seguro

Médico “Santa Clara S.A.”, contra dicha prestadora de servicios, por daños causados por supuesta mala praxis médica.

Vemos, pues, que entre Helena Riveros Pintos y “Santa Clara S.A. Medicina Prepaga” existe nexo contractual anterior, referido al Contrato N° 1-109223-5, plan Galeno Plus, del que emergen obligaciones para cada una de las Partes, cuya inobservancia trae aparejadas consecuencias jurídicas. Siendo así, el régimen de atribución de responsabilidad es el contractual, legislado en los Artículos 421 y siguientes del Código Civil.

Aquí es preciso rememorar que para la procedencia de la demanda por responsabilidad contractual deberán acreditarse los siguientes presupuestos: a) la antijuridicidad, referida al incumplimiento total o parcial de la obligación contractual; b) el daño, que deberá ser real, concreto e imputable al incumplimiento contractual; c) la culpa o dolo atribuidos al incumplidor; d) el nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño acaecido como consecuencia del incumplimiento.

Respecto al régimen probatorio para el cumplimiento contractual, cabe señalar que quien reclama indemnización fundado en el Artículo 420, inciso c), del Código Civil -que es el caso que nos ocupa- sólo deberá demostrar la existencia del Contrato y el incumplimiento del deudor. A su vez, el deudor acreditará que cumplió con su obligación o que le son aplicables algunas de las eximentes de responsabilidad establecidas en el Artículo 426 del Código Civil (vr. gr.: caso fortuito o fuerza mayor o culpa del deudor). Y, en caso contrario, responderá por las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento, según aquel sea culposo (consecuencias inmediatas) o doloso (consecuencias mediatas previsibles), normado en el Artículo 425 del Código Civil.

Entonces, para determinar la antijuridicidad contractual habrá que dilucidar si existió transgresión de lo pactado expresamente en el Contrato y de las consecuencias virtualmente comprendidas en él, según el Artículo 708 del Código Civil. En cuanto a las obligaciones del deudor, cabe señalar que sector de la Doctrina las clasifica entre obligaciones de medios y resultados. En virtud a esa tipificación doctrinaria, si la obligación es de medios no cabe presumir la culpa del deudor y es carga del actor acreditar la culpa del incumplidor. En cambio, si la obligación es de resultados, el deudor es quien debe probar que cumplió con su obligación o no pudo hacerlo por causa no imputable al mismo, es decir, por culpa ajena, caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, tal clasificación no tiene base normativa. Y de ser aplicada influiría -notoriamente- en el régimen probatorio que rige en materia de cumplimiento de obligaciones contractuales, establecido expresamente en los Artículos 421 y siguientes del Código Civil. En virtud del cual es el deudor quien carga con la prueba del cumplimiento de su obligación, como referimos. Ésta Magistratura ya juzgó la misma posición jurídica, en Fallos anteriores (vr. gr.: Acuerdo y Sentencia Número 106, del 3 de Diciembre del 2.019).

En esa línea de pensamiento, Belluscio ilustra: *“Toda obligación lleva un resultado en sí misma, y en los supuestos de obligaciones médicas, la intervención quirúrgica o el tratamiento son, por sí solos, el resultado de la obligación”* (Obligaciones de medios y resultados, Rev. La Ley, 1.979, págs. 28 y 29).

En igual sentido, Borda explicita que, en el fondo, toda obligación implica un resultado a obtener y medios apropiados para procurarlo, considerando inaceptable el distingo cuando de ella se pretende hacer la base sobre la cual recaerá la problemática del onus probandi (Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II, págs. 186).

En el mismo tenor, Mosset Iturraspe expone que la discusión estaría reservada a un plano meramente teórico porque la cuestión carece de base normativa, señalando que la obligación asumida por el Médico persigue un resultado, cual es tratar de conseguir la salud o la curación del paciente, y por tanto, el profesional no se liberará de responsabilidad solamente demostrando que se dedicó a la atención del enfermo (Responsabilidad civil del Médico, pág. 133).

Trigo Represas- Stiglitz afirman: *“Hoy se nota una tendencia clara a limitar esos medios, a vincularlos con el resultado y a reglamentarlos”* (Derechos de Daños, página 512).

Hecha esta puntualización, estudiaremos si fue demostrado por la demandada si cumplió con obligaciones asumidas en el Contrato para prestación de servicios médicos celebrado con la accionante, cuya existencia y validez jurídica fueron reconocidas por las aquí contratantes. Teniendo que el Contrato de medicina prepaga es de Adhesión y de Consumo, regido por Ley N° 1.334/98 (De Defensa del Consumidor). Es de adhesión porque contiene cláusulas predispuestas, esto es, celebrado por adhesión a condiciones generales, en que la empresa prestadora del servicio fija unilateralmente cláusulas a que habrán de ajustarse conductas de las Partes, sin posibilidad de

negociación por el contratante. Y de consumo, pues establece relación o nexo de consumo entre el prestador del servicio de medicina prepaga y el usuario.

Al respecto, la más autorizada Jurisprudencia ha señalado: *“El contrato que regula una prestación de servicios asistenciales médicos, trata de una relación de consumo entre un prestador y un consumidor final o usuario que adquiere esa prestación a título oneroso para beneficio propio... Dicho convenio es un contrato estándar, predispuerto por condiciones generales a las que una de las partes tan sólo adhiere sin negociar”* (Sala V. “Fundación Come c. DNCI – Disp. 945/08 – Expte. S01: 477094/06”, expte. N° 1.854/2.009, Sentencia del 22/06/2.012). En igual línea argumental, se ha señalado: *“...se trata de un contrato por adhesión, puesto que la empresa ofrece a los potenciales afiliados un contrato con cláusulas predispuestas que ellos pueden aceptar o no, pero que no pueden modificar ni negociar. A lo sumo pueden elegir entre varios planes diferentes pero todos ellos elaborados por la empresa. Este rasgo es común con el contrato de seguro pero, con la importante diferencia de que los planes y condiciones de pólizas deben ser aprobados por la SSN antes de su comercialización, mientras que los de medicina prepaga, en principio, no se hallan sujetos a control alguno”* (CNac.Com., sala A “A.C.R. c/ Omint SA de Servicios” S. 9-11-2.010, DJ 26-5-2.011, 68, L.L. [online](#) AR/JUR/87.480/2.010). *«Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella»* (CNCiv. Sala, “A” 4/7/2.005, «D. de R., S.E. c. Medicus S.A., ED, 215-23).

La accionante reclamó indemnización por negligencia médica ocurrida en Sanatorios y por Médicos contratados por la prestadora de servicios. Por lo demás, “Santa Clara S.A.” reconoció -en ésta Instancia- que estaba obligada a indemnizar por mala praxis del Médico Dr. Edgar Aguilera Gaona, en razón al factor de seguridad implícito en la prestación de servicios médicos. Ahora bien, para exonerarse de tal responsabilidad sostuvo que el cuadro de apendicitis agudo se gestó posteriormente al diagnóstico y tratamiento suministrados por el Dr. Aguilera Gaona. De igual manera, que existía la posibilidad que el método semiológico y correctamente indicado haya disimulado el cuadro de apendicitis en gestación.

Sin embargo, al contestar demanda no alegó causales de exoneración, según surge del escrito obrante a fs. 98/107. En efecto, su defensa se basó en los siguientes argumentos: *“...de las pruebas documentales se demuestra*

que el diagnóstico presuntivo al ingreso de la paciente, hoy demandante, tanto en el SANATORIO UNIMEDIC, como en el SANATORIO SANTA CLARA, como en el SANATORIO AMERICANO y como en el mismo SANATORIO ITALIANO coinciden en forma categórica en una patología que hace relación a un cuadro de Síndrome Doloroso abdominal, sin signos ni síntomas que justificaran una cirugía, ya que la cirugía fue realizada horas después del ingreso y requirió videolasparoscopia diagnóstica, después de más de un día de internación... las óptimas infraestructuras hospitalarias, atenciones médicas especializadas y accesorios, que demuestran en forma fehaciente la inexistencia en el supuesto hecho generador de la demanda mala praxis, error, ignorancia, pericia, descuido, negligencia, imprudencia, abandono, desinterés, deficiencia y falta de diligencia requerida por el caso... con la teoría de los actos propios, quedó acreditada la inviabilidad de la demanda... No existe relación causal atribuible a Santa Clara S.A. Centro Médico Privado como responsable de los supuestos hechos que se le imputan... los eventos médicos sanatoriales que involucran a la hoy accionante por su libre elección se realizaron en su primera etapa en el Sanatorio Unimed de la Ciudad de Luque, prosiguieron -también por decisión de la actora- en el Sanatorio Santa Clara, para luego de prolijas atenciones ser derivado por motivos justificados al Sanatorio Americano, tales centros médicos hospitalarios cuentan con toda la infraestructura edilicia acorde a la práctica de eventos médicos sanatoriales normales y de alta complejidad... Puso a opción y disposición de la paciente laboratorios de análisis clínicos y bacteriológicos, centro de estudios de diagnóstico por imágenes, etc., con profesionales debidamente calificados, con alta especialización en el país y extranjero, a procurar su sanación; UNIMEDIC S.R.L., Santa Clara S.A. y Sanatorio Americano S.A., así como los médicos tratantes y auxiliares cumplieron con las obligaciones a su cargo ... Había un contrato de Adhesión que vinculaba a Santa Clara S.A. con la accionante en base al principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de lo cual nuestra instituyente cumplió con las obligaciones a su cargo en el contrato y mal puede atribuírsele el accionar de uno o varios profesionales médicos de altos conocimientos científicos, que cumplieron a su vez con todo el Protocolo Médico relativo al evento que nos ocupa...”.

Amén de ello, la recurrente reconoció expresamente la validez de las actuaciones rendidas en el expediente: “Helena Riveros Pintos c/ Edgar Na-

talicio Aguilera Gaona y otro s/ diligencias preparatorias y pruebas anticipadas”, agregado por cuerda. De dicho material probatorio surge que el 12 de Febrero del 2.008, la accionante ingresó de urgencia al “Sanatorio Santa Clara”, debido a que sufría fuertes dolores abdominales, oportunidad en que la Dra. Mercedes Roig (Médica de guardia) diagnosticó gastroenteritis aguda (fs. 49 y vlta.), siendo medicada con antiespasmódicos y analgésicos para tratar cuadro de gastroenteritis (fs. 56). Posteriormente, practicada ecografía abdominal (urg) (fs. 22), por el Médico tratante Dr. Moisés Escobar. El mismo día fue trasladada al “Sanatorio Americano” con igual diagnóstico de gastroenteritis aguda (fs. 63). Ese mismo día el Dr. Aguilera Gaona asumió como Médico tratante (fs. 6, 68 y 76), siendo atendida también por otros Médicos, conforme surge a fs. 64 y 66. El 15 de Febrero, el Dr. Aguilera Gaona dio el alta a la accionante. Al día siguiente, 16 de Febrero, fue ingresada a la Unidad de Terapia Intensiva del “Sanatorio Italiano” con el siguiente diagnóstico, “post operatorio inmediato de peritonitis de origen apendicular, shock séptico”, según surge del Certificado emitido por el Dr. Oscar Acosta, Médico de guardia (fs. 8). El 17 de Febrero, intervenida quirúrgicamente por peritonitis generalizada de origen apendicular con shock séptico, por el equipo compuesto por Doctores Andrés Rigoni, Carlos Ferreira Russo, Víctor Velázquez y Néstor Walder, realizándose laparatomía a vientre abierto previa laparoscopia diagnóstica (fs. 17).

Asimismo, del informe pericial rendido por el Perito único designado por el Juzgado, Dr. Miguel R. Porzio Serra, se aprecia que existió negligencia médica por error en el diagnóstico. Ese informe es de mayor relevancia para la dilucidación del caso, ya que la cuestión escapa del conocimiento técnico y especializado del Juzgador. Si bien la recurrente ofreció prueba pericial, la designación del Perito propuesto por su Parte fue rechazada por el Juzgado (fs. 593/5), sin que la accionada haya apelado tal Resolución.

La pericia realizada por el referido Galeno, agregada a fs. 626/45, narra el siguiente resultado: “... *Durante su internación en el Sanatorio Americano S.A. Helena Riveros Pintos fue atendida por el Sr. Edgar Natalicio Aguilera Gaona en su carácter de médico tratante y por otros galenos del nosocomio que efectuaban los controles periódicos... todos estos profesionales mantuvieron el diagnóstico inicial de Gastroenteritis aguda sin cotejarlo. Además, Helena Riveros Pintos recibió fármacos... que pudieron disfrazar los síntomas de una apendicitis en evolución... Vale decir, el cuadro se trató de manera simplemente sintomática... el médico tratante era el encargado*

de controlar la evolución de un paciente durante determinado cuadro... Ningún diagnóstico presuntivo puede considerarse definitivo sino hasta agotar los métodos posibles de corroboración. Por ende, es de buena praxis médica reevaluarlo y contrastarlo cuantas veces sea necesaria la apendicitis aguda constituye una de las patologías más frecuentes del abdomen agudo quirúrgico; cualquier dolor periumbilicar o en la fosa iliaca derecha debería inducir primer a la sospecha sobre ese diagnóstico.... Creemos que uno de los errores del Dr. Edgar Natalicio Aguilera Gaona precisamente estuvo en que no agotó los métodos de diagnosis para diferenciar una gastroenteritis aguda de una apendicitis aguda...La apendicitis aguda es el diagnóstico clínico más frecuente que debe tener presente el médico cuando se enfrenta a algún paciente con fuerte dolor abdominal... Aún con el avance tecnológico actual, el diagnóstico de esta patología continua siendo particularmente clínico; depende de un buen análisis de la anamnesis y de un examen físico exhaustivo, teniendo presente que la signología es hasta en un 80 % clásica. Además de la anamnesis con la exploración física se puede llegar a un diagnóstico relativamente fácil si se verifican los signos semiológicos que en muchas ocasiones (como en esta en particular) se omiten... no hemos observado en las historias clínicas revisadas que ni el Dr. Edgar Natalicio Aguilera Gaona como médico tratante ni los médicos controlantes... hayan agotado tales métodos clínicos de auscultación.... No consta en la historia clínica que el Dr. Aguilera Gaona haya recurrido a los siguientes estudios: video-laparoscopia diagnóstica, tomografía computada. Entre ambos estudios igualmente útiles sobre todo la laparoscopia diagnóstica hubiese sido sumamente importante para diferenciar la mal diagnosticada gastroenteritis aguda de la apendicitis.... Está visto que la ecografía abdominal practicada a Helena Riveros Pintos (fs. 50) no fue suficiente sin el acompañamiento de una revisión clínica adecuada y de otros métodos complementarios de dignosis... No consta en la historia clínica que el Dr. Edgar Natalicio Aguilera haya practicado palpación ginecológica o rectal a la paciente para descartar apendicitis... Afirmó que el tiempo de internación de la paciente en el Sanatorio Americano era suficiente para realizar los exámenes y estudios mencionados. Prueba clara de ello es que ingresó a terapia intensiva del Sanatorio Italiano por peritonitis generalizada apenas al día siguiente de su alta autorizada por el Dr. Edgar Natalicio Aguilera Gaona. Repetimos; una mayor idoneidad en el tratamiento farmacológico sumada a una auscultación clínica apropiada hu-

biese revelado los signos evolutivos de la apendicitis... Para cualquier paciente con dolor abdominal agudo, debe descartarse siempre primero la apendicitis... sin lugar a dudas, la apendicitis aguda era detectable y diferenciable de la gastroenteritis aguda, si se agotaban todos los referidos exámenes y estudios. Esgrimió que los analgésicos y antiespasmódicos indicados por el Dr. Aguilera Gaona a la paciente -con toda seguridad- pudieron disfrazar los dolores propios de la apendicitis aguda.... No consta en la historia clínica que el Dr. Aguilera Gaona haya inter consultado con un Gastroenterólogo para confrontar su diagnóstico de gastroenteritis ni con un cirujano General para descartar la apendicitis...la peritonitis que sufrió la actora se debió a la falta de diagnóstico y tratamiento oportuno de la apendicitis aguda...la persistencia en el diagnóstico equivocado de gastroenteritis permitió la evolución de una apendicitis hasta eclosionar en peritonitis de origen apendicular. Hay un primer estado leve de la apendicitis denominado "congestivo", donde el apéndice está simplemente inflamado. Con el correr del tiempo este apéndice va empeorando su proceso inflamatorio y pasa a denominarse "flemoso", seguidamente el apéndice puede llegar a necrosarse, lo que debe a la trombosis de sus venas; esto provoca además un fallo en su riego arterial y luego la perforación, que finalmente trae apareada la peritonitis de origen apendicular... Explicó que como Médico tratante tenía los siguientes deberes según lex artis médica: revisar y confrontar el diagnóstico preliminar, agotar los medios de diagnosis ante sintomatología ambigua, extremar medios y análisis para el correcto diagnóstico; detectar lo detectable; examinar la propia capacidad; confrontar opiniones, interconsulta con un especialista en la materia y derivar si necesario fuese, prescribir tratamiento adecuado ... en el transcurso de la presente experticia hemos visto que el Dr. Edgar Natalicio Aguilera Gaona incumplió con negligencia e impericia los deberes señalados.... En efecto, se dio por satisfecho con un diagnóstico preliminar sin reevaluarlo mediante los procedimientos de exploración que omitiera, equivocó el tratamiento aplicando fármacos que disfrazaron la evolución de la apendicitis aguda; tampoco agotó los métodos de diagnosis... sobrevaluó la propia capacidad sin recurrir a colegas especialistas en las patologías específicas; por todos los motivos anteriores, se equivocó también al otorgar el alta. Tanto los médicos que atendieron primero a la paciente en Santa Clara S.A. Centro Médico Privado, como los que controlaron su evolución en el Sanatorio Americano S.A. estaban igualmente obligados a colaborar con su ciencia a llegar al diagnóstico correcto,

aun cuando ello implicara controvertir el anterior equivocado. Esgrimió que la peritonitis de origen apendicular con shock séptico resultó finalmente de faltas a la lex artis de medicina tanto del Dr. Aguilera Gaona como los médicos que atendieron primero a la paciente”.

Ante los puntos de pericia propuestos por “Santa Clara S.A.”, el experto sostuvo: “... No se cumplió de manera correcta con los deberes de cuidado de la paciente ni por los médicos intervinientes ni por los centros asistenciales... el diagnóstico presuntivo y equivocado, debió reevaluarse para volverse definitivo y correcto, con los métodos de diagnosis adecuados. En cuanto a los síntomas de la apendicitis evidentemente quedaron disfrazados por fármacos administrados, cuestión que justamente constituye una arista de la mala praxis encontrada... aun cuando los centros médicos asistenciales hayan cumplido con tener infraestructura técnica logística, incurrieron en evidentes déficits prestacionales. Esgrimió que la ecografía abdominal es útil pero no determinante para entrever las causas del abdomen agudo. En la apendicitis aguda... el diagnóstico es principalmente clínico (observación de signos semiológicos en el paciente con el ojo experto del médico). Si se recurre a las imágenes, una laparoscopia diagnosticada definitivamente ofrece mayor seguridad.... Esgrimió que los antecedentes de colon irritable crónico y posible enfermedad celiaca sumados a los resultados de la ecografía abdominal, pudieron incidir en el diagnóstico. Sin embargo, eso no significa relajar el diagnóstico prescindiendo de métodos de comprobación y contraste idóneos para descartar apendicitis aguda. No consta que el médico tratante haya inter consultado con especialistas en las patologías mencionadas (colon irritable y enfermedad celiaca)... Los estudios fueron incompletos... la apendicitis aguda no se podía colegir de una falsa evolución favorable provocada por el enmascaramiento farmacológico de sus síntomas... la medicación suministrada en su primera internación en el Sanatorio Unimedica de Luque pudo haber incidido para cubrir un posible cuadro de apendicitis, pero tanto en Santa clara S.A. como en el Sanatorio Americano S.A. se continuó con un tratamiento análogo... la perforación del apéndice es una consecuencia de la apendicitis evolucionada por varios días y no detectada... la paciente tuvo una apendicitis no detectada y confundida con gastroenteritis que terminó con la perforación del apéndice... es muy difícil, tratándose de apéndice perforado, que la apendicitis diagnosticada en el Sanatorio Italiano pudo haber aparecido con posterioridad al cuadro de gastroenteritis que se presentó antes, del cual fue tratada en los Sanatorios Santa Clara y Americano....”.

Ese peritaje no fue impugnado por la accionada, a pesar de haber sido puesto en Secretaría (fs. 646) y tiene sólido y suficiente valor probatorio para demostrar que si bien desde la primera internación, en el “Sanatorio Unimedic” en Ciudad Luque, el cuadro de la paciente fue diagnosticado como gastroenteritis aguda y medicada para mitigar tal dolencia. Ese diagnóstico fue mantenido por el “Sanatorio Santa Clara” y luego en el “Sanatorio Americano”, donde el Dr. Aguilera Gaona siguió medicando como si el cuadro de la paciente se trataba de gastroenteritis aguda. En la historia clínica fue acreditado y confirmado que el Galeno no realizó exámenes básicos necesarios para descartar -en primer lugar- apendicitis aguda; no interconsultó con gastroenterólogos para llegar al diagnóstico acertado (debido a la condición de la paciente, colon irritable y presunta celiaquía), conformándose con la historia clínica dada por los anteriores Médicos. Si bien el Perito reconoció que los medicamentos ingeridos por la accionante podrían disfrazar la patología verdadera, no es menos cierto que esa situación fue como consecuencia del mal diagnóstico facultativo, que demuestra la mala praxis médica. Asimismo, a estar por aseveraciones del Perito, sería poco probable que la apendicitis diagnosticada en el “Sanatorio Italiano” haya sido posterior al cuadro gastroenteritis, dado que dicha enfermedad tiene su proceso de evolución y más que nada considerando que un día después de haber sido dada de alta por Dr. Aguilera Gaona, la actora ingresó de urgencia -unidad de terapia intensiva- al “Sanatorio Italiano”, por apéndice perforado.

Resulta innegable que el error en el diagnóstico de la dolencia tuvo como consecuencias que la accionante haya ingresado a la unidad de terapia intensiva del “Sanatorio Italiano”, con apéndice perforado. Esa situación hizo que se la someta a intervención quirúrgica por peritonitis con shock séptico, donde las complicaciones y riesgos son mucho mayores que la simple operación de apendicitis. A decir del Perito: *“El riesgo de muerte por peritonitis apendicular es de 20 a 30 veces mayor que en una apendicitis aguda simple”* (fs. 633).

Acreditada la culpa médica, surge automáticamente la responsabilidad de la entidad aseguradora, que -por lo demás- también responde como Titular del “Sanatorio Santa Clara”. Dicho deber de reparar es objetivo y directo, pues descansa en la conculcación de la obligación de seguridad y garantía.

Trigo Represas-Stiglitz ilustran al respecto: *“La obra social será responsable frente a sus afiliados por el incumplimiento de las obligaciones que*

le incumben a los sanatorios y profesionales puestos por aquellos a su disposición. No varía tal resultado el hecho de que el organismo en cuestión derive a un determinado centro asistencial o que no lo haga y sea el afiliado quien lo elija, porque esta elección no la puede efectuar sino dentro de la nómina de prestadores que mantienen convenios asistenciales con la obra social, es elegida por esta” (ley 22269: 33; Trigo Represas - Stiglitz, “El daño moral en el incumplimiento contractual y la relación paciente-obra social”, ll 1985-b, pág. 139 y autores citados).

En la misma línea de pensamiento jurídico, Galdos ilustra: “... en general, cualquiera sea la modalidad prestacional, la obra social asume una tácita obligación de seguridad derivada del artículo 1198, 1er. párrafo del Código Civil, debiendo responder por los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación del servicio de salud a su cargo. Dicha obligación tácita de seguridad se potencia cuando el afiliado pertenece a un sistema “cerrado”, en donde carece del derecho a la libre elección, debiendo elegir entre los profesionales o establecimientos de salud seleccionados por la obra social. En estos casos, la obra social tiene a su cargo la selección y vigilancia de las clínicas prestadoras del servicio médico, debiendo entonces responder por los daños ocasionados por la actuación culposa de los médicos, en su condición de garante de la correcta prestación de los servicios. Además de la responsabilidad de la obra social, la autoridad de aplicación también responde, dado que tiene a su cargo la dirección y control del sistema, cuando existe deficiencia en la prestación del servicio” (Responsabilidad de las obras sociales por mala praxis médica, Revista la Ley N° 204, pág. 3, año 1.996).

Desde esa perspectiva, quedan por atender los agravios vertidos respecto al valor del resarcimiento fijado por el Tribunal. El recurrente esgrimió que la condena fijada por el Tribunal era exorbitante, solicitando disminución. Esgrimió que no se podía condenar a “Santa Clara S.A.” por el total de lo reclamado, ya que existió acuerdo económico entre el Dr. Aguilera Gaona y la accionante. En tal sentido, sostuvo que la actora se resarcía cuanto menos en parte, por lo que condenar a la totalidad sería injusticia y legitimar enriquecimiento sin causa a costa de su patrimonio.

Ciertamente, la accionante desistió de la demanda contra el Dr. Aguilera Gaona, según surge del escrito obrante a fs. 589, en el que se dejó expresa constancia que el pedido obedecía a “un acuerdo amistoso arribado con el mismo y que de ningún modo implica reconocer o desconocer cualquiera de las cuestiones controvertidas en el expediente, las que continuarán

debatiéndose contra las personas jurídicas codemandadas SANTA CLARA S.A. Centro Médico Privado...". Sin embargo, no ha sido acreditado -mínimamente- que el arreglo fue económico y mucho menos por cuanta cantidad de dinero.

Por lo demás, la responsabilidad de la entidad aseguradora es solidaria y concurrente con la del Médico tratante, en razón que la obligación general de seguridad asumida frente a los pacientes consiste en prestar asistencia en forma adecuada y sin causar perjuicio a los pacientes (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 2, 4/8/83, Juris, t. 72, p. 181). De ahí que el desistimiento de la Acción respecto al Galeno no releva de responsabilidad a la prestadora de servicios, que responderá por el todo.

En esas condiciones y dado que no existió otro agravio tendiente a modificar el monto de la condena, no queda más que confirmar el rubro fijado por el Tribunal en Gs. 254.452.203 (en concepto de daño emergente y daño moral), así como los intereses moratorios a ser calculados a mensual tasa del 2,7 %, desde el día de la notificación de la demanda hasta el pago efectivo de la obligación.

Por las motivaciones explicitadas, cabe en estricto Derecho confirmar los apartados, tercero y cuarto del Fallo impugnado con imposición de Costas a la perdidosa, en esta Instancia, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón prosiguió diciendo: **En cuanto al recurso de apelación:** Me adhiero al sentido del voto del Ministro preopinante; sin embargo, disiento muy respetuosamente de algunos argumentos consignados por el mismo, por cuanto que considero menester recurrir a la clasificación de las obligaciones contractuales como de medios o resultados, para una correcta decisión del presente caso.

Con el propósito de evitar redundancias o repeticiones, omitiré todas las referencias a los escritos presentados por las partes ante esta instancia, a cuyo efecto me remito a las aclaraciones ya realizadas sobre dicho asunto por parte del Ministro preopinante.

Se debe igualmente notar que la presente demanda fue inicialmente dirigida contra el médico Edgar Natalicio Aguilera, Santa Clara S.A. y el Sanatorio Americano S.A. Con posterioridad, la actora desistió expresamente de la acción respecto del médico Edgar Aguilera, conforme surge del escrito de f. 589 y el A.I. N° 1967 del 29 de diciembre del 2011 (f. 591), por lo que la sentencia de primer grado, así como la decisión del Tribunal de

alzada, versaron con exclusividad sobre las responsabilidades de las precitadas sociedades.

Ahora bien, contra el fallo de segunda instancia sólo interpuso recursos el centro de medicina prepaga Santa Clara S.A., por lo que se advierte, de tal manera, que la actora consintió el rechazo parcial de su pretensión con respecto al Sanatorio Americano S.A., postura que inhabilita el estudio de tal decisión en este estadio.

Aquí, debo coincidir con el *ad quem* en que el desistimiento parcial de la acción con respecto al médico no impide el estudio ni la eventual configuración de responsabilidad de Santa Clara S.A., puesto que, como bien se dijo en segunda instancia, la responsabilidad del médico y la del centro de medicina prepaga son distintas y concurrentes. La doctrina en la materia es conteste sobre aquello: *“Esta unidad de fundamento y naturaleza jurídica simplifica la acción de la víctima del hecho médico, que podrá acumular sus pretensiones en un solo juicio, contra dos demandados distintos y obligados in solidum por la totalidad del resarcimiento solicitado (...) 48. Decimos in solidum o indistintas, porque nacen de hechos distintos, a diferencia de lo que acontece con las solidarias; el hecho que compromete al principal es el haber contratado, el ser el deudor; el hecho que obliga al dependiente es el haber cumplido mal.”* (Mosset Iturraspe, J. (1979). *Responsabilidad civil del médico* (1ª ed., p. 117). Astrea.).

A partir de este razonamiento, y en cuanto a este caso toca, podemos identificar la concurrencia de dos obligaciones que, autónomamente consideradas, corresponden a cada codemandado: uno responsable por su hecho propio -el médico- y otro por el hecho de ser contratante del primero -centro de medicina prepaga Santa Clara S.A. Se advierte, así, que si bien ambos vínculos obligacionales responden a un mismo acreedor y coinciden en el objeto (indemnización), difieren en cuanto a la causa eficiente que les da origen. Es, precisamente, aquella la nota distintiva entre las obligaciones *in solidum* o concurrentes (también llamadas solidarias imperfectas), donde existen pluralidades de vínculos obligacionales ligados entre sí, pero con causas fuentes distintas, aunque ligadas a un mismo objeto; y las obligaciones solidarias perfectas, que se originan y responden a una misma causa-fuente.

Tenemos, entonces, que en supuestos como el de autos, el acreedor tiene la libertad de dirigir su pretensión contra la totalidad de los deudores -acumulando los títulos diversos- o contra cualquiera de ellos, de manera

singular, con el único límite de no poder cobrar doblemente, ya que el pago que cualquiera de ellos haga exonera a los restantes obligados. En efecto, mal podría pretender el acreedor burlar el sistema indemnizatorio y obtener, así, una doble reparación por un mismo hecho, puesto que ello constituiría un claro enriquecimiento injustificado del mismo.

Por tanto, basta con que uno de ellos repare el daño causado, para que la pretensión del acreedor se vea satisfecha.

Entonces, como lógico corolario de lo anterior, es claro que la responsabilidad del centro de medicina prepaga pueda ser estudiada sin la intervención del médico responsable, así como que la totalidad de la deuda puede ser exigida a la sociedad demandada. Acentuamos aquello, por cuanto que la característica de unidad de objeto nos fuerza a realizar una pequeña disgregación: al desistir de la acción con respecto a Edgar Natalicio Aguilera, la actora expresó textualmente que: “...vengo a desistir de la acción entablada en estos autos únicamente respecto al co-demandado Dr. **EDGAR NATALICIO AGUILERA GAONA**. El temperamento adoptado se debe a un acuerdo amistoso arribado con el mismo.” (Segundo apartado del escrito de f. 589). Si bien es cierto, no se desprende con certeza que aquel “acuerdo amistoso” haya tenido por objeto la reparación parcial o total del daño, no debe perderse de vista que, de ser así, competía a Santa Clara S.A. probar la extensión y cuantía de la indemnización ya abonada por el Sr. Aguilera Gaona, de modo tal a descontar dicho importe de la totalidad reclamada por la acreedora en estos autos.

No habiéndolo hecho, y no existiendo, por tanto, prueba alguna que nos permita acreditar lo anterior, no podemos tener presente dicho extremo al momento de una eventual cuantificación de la deuda indemnizatoria.

Comoquiera que sea, lo primero que deberá determinarse es la responsabilidad del centro de medicina prepaga Santa Clara S.A. en el evento dañoso denunciado en autos. No podemos determinar aquello, sin antes hacer un breve pero necesario repaso de los fundamentos doctrinarios que subyacen a la responsabilidad de la prepaga.

Sobre el punto, cabe señalar que el contrato atípico y complejo que celebra el usuario con el centro de medicina prepaga se escinde en, como mínimo, dos componentes necesarios cuando se tratan de listas o planes cerrados, como el caso de autos: así, como aditamento al deber de acercar profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina a sus usuarios, el ente

debe garantizar, por sobre todo, que dichos servicios sean prestados de manera eficaz pudiendo, según los casos, también agregarse otros elementos y obligaciones, como el caso en que el ente prestador de servicios opere a través de un centro hospitalario, en cuyo supuesto se añaden otras aristas, como ser, un contrato de hotelería, un convenio explícito o implícito de seguridad o cuidado, un contrato de atención médica, etc.

De este modo, la doctrina ha logrado diferenciar dos categorías bien distintivas de hechos que comprometen la responsabilidad de la prepaga: los hechos de la empresa y los hechos del médico (Vide: Lorenzetti, R. (2011). *Responsabilidad de la empresa médica* (2ª ed., p. 416 y ss.). Abeledo-Perrot).

En lo que hace a la primera categoría de hechos, la doctrina explica que aquellos son los ocasionados con independencia del actuar de sus dependientes, por lo que emanan de la defectuosa prestación de servicios o por faltas organizativas; riesgo de las cosas utilizadas en la labor, la higiene de los establecimientos, etc. El factor de atribución en estos supuestos se da por el deber de seguridad que se encuentra ínsito en los contratos celebrados con sus usuarios, que no es más que la virtual consecuencia del principio de buena fe contractual. Como fácil puede advertirse, no se juzga aquí la culpa del dependiente o sustituto, “...ya que el objeto del juzgamiento es si la clínica o la empresa médica desarrolló una organización empresarial adecuada para prestar el servicio, que luego ejecuta el médico en el caso concreto” (Ibíd, p. 452).

En otro plano, la responsabilidad de la empresa prepaga puede derivar, también, de los hechos de los médicos o auxiliares de los cuales se sirve para cumplir con su prestación. Sobre este supuesto, la doctrina en la materia ha elaborado varias teorías que, si bien disímiles en fundamentos, coinciden en superar el tropiezo que se presenta ante la aparente ausencia de subordinación o dependencia entre el médico y el ente. Es así como se pasó de una tesis atomista (conforme la cual el paciente celebraba contratos independientes con todos los que intervenían en el proceso), a una tesis tripartita (según la cual el centro de medicina prepaga celebraba un contrato con el médico, a favor del paciente), para finalmente diseñar una tesis bipartita.

Desde esta óptica, no se ignora el complicado esquema bajo el cual operan las empresas médicas prepagas hoy día, y se parte de la incuestionable realidad que para el paciente es irrelevante -e, incluso, en algunos supuestos hasta inaccesible- identificar la situación de dependencia de los

profesionales que intervienen en el cumplimiento de la obligación de la empresa prepaga, a través de la prestación efectiva del servicio de salud al asegurado, puesto que a este sólo le interesa ese efectivo cumplimiento del servicio. Por ende, la conducta de los asociados o sustitutos equivale al comportamiento de la obligada. (Vide: Suprema Corte de Buenos Aires en Ac, 33,539, 22-12-87. “Aranda de Ponti, Nélica c/ Clínica Santa Cecilia S.R.L.”). A esto se suma el hecho que existe una autentica expectativa por parte del usuario, acerca del control y vigilancia que el ente debe ejercer sobre el comportamiento y calidad de los servicios prestados por lo auxiliares de los cuales se vale para el cumplimiento de su obligación. (Vide: Gherzi, C., Weingarten, C., & Ippolito, S. (1999). *Contrato de medicina prepaga* (2ª ed., p. 210 y ss.). Astrea.).

Como se ve, la obligación del centro de medicina prepaga estriba del ensanchamiento del vínculo obligatorio con el usuario, mediante la inclusión de auxiliares o terceros para el cumplimiento de la prestación prometida. Echando mano a connotaciones como la irrelevancia de la sustitución y la equivalencia de comportamiento entre auxiliares y el deudor, se termina por ampliar la responsabilidad directa del ente para abarcar los hechos de aquellos, como un auténtico deber de garantía: *“Esta evolución llega hasta nuestros días en que se admite que el principal es garante por la conducta del dependiente. Se requiere entonces que exista un hecho de un dependiente producido en ejercicio o en ocasión de sus funciones para que se impute responsabilidad al principal.”* (Lorenzetti, *Responsabilidad de la empresa médica*, op. cit., p. 438). También: *“Así, el ente prepago se obliga no sólo a la prestación del servicio médico por medio de sus profesionales, sino también a que ese servicio se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencia de la asistencia prometida. Constituye, pues, un régimen de garantía respecto de la eficiencia e idoneidad de los facultativos que satisfacen el débito contractual.”* (Gherzi, C., Weingarten, C., & Ippolito, op. cit., p. 251.).

Ante los reparos que pudieran plantear quienes apuntalan la situación de independencia de ciertos médicos, Mosset Iturraspe, con buen tino, explica que el vocablo “dependiente” debe ser tomado en sentido amplio, no restringido, bastando para considerarlo como tal la circunstancia de que el deudor lo haya asociado al cumplimiento de su obligación: *“Sobre la responsabilidad del deudor -instituto asistencial, obra social, etc.- no puede haber dudas. A diferencia de lo que ocurre con el contrato a favor de tercero, la*

institución es quien se obliga, y no se reduce a ser parte en relaciones indirectas: relación de cobertura con el médico y de valor o valuta con el beneficiario. Quien promete en virtud de un contrato, el servicio de salud, debe cumplir, ya esté previsto que lo haga por sí o por terceros contratados a tal efecto” (Mosset Iturraspe, J. (2005). Responsabilidad por daños (1ª ed., T. II, p. 298). Ed. Rubinzal-Culzoni Editores). De esta manera, se supera el concepto limitado de subordinación o dependencia, reconociendo, no obstante, que la subordinación del médico no será técnica, pero sí jurídica, en la medida que el centro de medicina prepaga o el sanatorio pueden dar órdenes sobre el lugar y tiempo de prestación de servicios -como ocurrió en autos- así como respecto de los pacientes que debe atender.

Derivada la responsabilidad del ente de medicina prepaga al accionar doloso o culposo de su dependiente, del cual responde ante la persona asegurada –art. 422 C.C.- debemos dirigir nuestra atención entonces a valorar la conducta de los médicos involucrados en el diagnóstico ...///...

...///... y tratamiento de la Sra. Helena Riveros Pintos, puesto que la eventual responsabilidad de Santa Clara S.A. surgiría de la verificación de un actuar culposo o doloso de aquellos.

Es precisamente, esta necesidad la que nos llevó a formular un fundamento propio del sentido del voto que, reitero, comparto con el preopinante, en tanto que el citado estudio no podría hacerse sin la necesaria distinción entre **obligaciones de medio y resultado**.

Entendemos, a su vez, que hay un sector de la doctrina que cuestiona la relevancia de esta distinción, motivo por el cual compete aquí apartarnos muy brevemente de la argumentación del caso, para justificar nuestra posición.

Así, aquella crítica puede ser resumida de la siguiente manera: en toda obligación, el resultado constituye el interés del acreedor. En efecto, en el ámbito de la relación médico-paciente resulta poco creíble que éste último comparezca al solo efecto de que el profesional le administre una serie de cuidados de acuerdo a una técnica científica y profesional, ya que es evidente que el objetivo del paciente es el resultado (mejoría o curación). Así también, que el factor aleatorio se encuentra siempre presente, en mayor o menor medida, en todas las relaciones obligacionales, por lo que no existirá asidero para acudir a esta clasificación. Finalmente, en las obligaciones de resultado la prestación -conducta- se fusiona con el objeto de la obligación -bien o servicio-, en tanto que en la de medios la prestación reemplaza al

objeto -resultado final. (Vide: Zannoni, E. (1996), *Elementos de la obligación*. (1ª ed., p. 125 y ss.) Astrea).

Así, reconociendo que el asunto no es aún pacífico en la doctrina, y sin ánimos de ahondar y agotar fundamentos, entendemos que aquellas críticas, si bien atendibles, no logran contrarrestar la utilidad de la clasificación a estudio, ni la evidente vigencia de las mismas, al punto tal que el Código Civil y Comercial argentino del año 2015, la ha recogido expresamente.

Naturalmente, en apoyo a la dilucidación de casos como el presente, debemos a esta clasificación, de modo tal a advertir y diferenciar los supuestos en los cuales el resultado depende, en gran parte, del comportamiento del deudor, por lo que su frustración permite concluir que el incumplimiento se debió a su conducta, de otros casos en los cuales la presencia de circunstancias ajenas, complejas y no siempre previsibles, tornan ese resultado aleatorio (significativamente más aleatorio que el primero), por lo que mal podría el deudor prometer su cumplimiento material, sino un comportamiento idóneo para lograrlo, motivo por el cual la sola frustración del resultado no es suficiente para acreditar el incumplimiento de la obligación. La doctrina lo explica mejor: *“el resultado buscado (...) en algunos casos depende exclusivamente de la conducta debida del deudor, y en otra hipótesis depende también además de esa conducta, de diversas circunstancias, más o menos complejas, previsibles o no, que tornan ese resultado menos cierto o seguro, más aleatorio o fortuito, circunstancias que el deudor no maneja o controla, en ninguna o en escasa medida externas a su conducta. La importancia o magnitud de ese alea, riesgo ínsito en la obtención del fin querido, es una cuestión de hecho: no se la puede formular a priori y de manera dogmática. Solo a posteriori, frente a la frustración del resultado querido, al fracaso del fin negocial, se puede saber a ciencia cierta en qué medida la conducta debida del deudor, su actuación prudente, diligente y experta, es condición necesaria, pero no suficiente para alcanzar dicho resultado.”*(Mosset Iturraspe, op. cit. T. II, p. 56).

Por tanto, cotejando ambos supuestos, es plausible comprender que, aun cuando el interés del acreedor está destinado al *resultado* y no precisamente a la *conducta diligente* a ser desplegada por el deudor, no puede soslayarse que la *aleatoriedad* no es un factor que pase fácilmente desapercibido para el acreedor quien, en la mayoría de los casos, estará consciente de los factores externos que confluyen y podrían influir en el resultado obtenido

a través de la actividad del deudor. Como lógica consecuencia, en estos escenarios, el deudor no puede responder por un resultado que, en gran medida, no dependía de aquel, más aún cuando las partes estaban conscientes de esas características.

En lo que aquí nos atañe, entendemos que el médico por regla general, y en principio, no puede -ni podría- pactar la curación del paciente -lo que sería ilícito y contrario al orden público, tal como lo explica Lorenzetti- sino que se debería comprometer al empleo de los medios adecuados e idóneos para lograr el resultado anhelado por el paciente. En pocas palabras, el médico -por regla general, enfatizamos- se compromete al suministro de cuidados tendientes a la curación, o que normal u ordinariamente podrían alcanzar la curación. (Cám. Nac. Fed. Sala II, LL, 1978-A-74; Sala III, E.D. 102-446; CNCiv, Sala E, E.D. 95-302, citados en Lorenzetti, R. (2016). *Responsabilidad civil de los médicos* (2ª ed., p. 76 y ss.). Abeledo-Perrot).

Ahora bien, no desconocemos el rol preponderante que otorga la doctrina moderna al **deber de información** y los cambios que esta ocasiona en el campo probatorio. Nuevamente, en el ámbito de la medicina, es correcto suponer que el paciente concurre al médico con la esperanza de obtener un resultado favorable y, toda vez que no se encuentre ante supuestos de suma complejidad, tiene grandes esperanzas de éxito: *“En la medicina, vuelta ardua, compleja y con tantas variantes, acontece exactamente lo mismo, desde una cirugía plástica hasta otra de alta peligrosidad. El paciente debe ser informado, de lo contrario, tiene derecho a creer en la curación, en la simplicidad de los actos médicos.”* (Mosset Iturraspe, op. cit., T II, p. 82).

Según la doctrina, por tanto, el **deber de información** se presenta como una especie de traslación de toma de decisión sobre los riesgos al paciente o que, como explica Mosset Iturraspe, en caso contrario, implicaría, en alguna medida que el médico está comprometiendo “un buen resultado”. Sin embargo, nuevamente, entendemos que la cuestión no se presenta tan absoluta: no podría -ni debería- equipararse una cirugía de alta complejidad como la de las denominadas “a corazón abierto” o de cerebro, con la de apendicitis o un tratamiento clínico sumamente sencillo.

Se hace difícil concebir que el incumplimiento del **deber de información** se presente como un deber infranqueable que anule toda aleatoriedad, por ello dicho **deber** se cumple a través de hacerle saber al paciente, en la generalidad de los casos, es decir, cuando la información no apunte a

afectar sensiblemente su estado de ánimo y a empeorar su salud, **cuáles** son las **consecuencias** que **previsiblemente** se presenten en el caso concreto. El **deber de información** no implica que el médico deba dar cuenta de todas y absolutamente todas las consecuencias que la ciencia médica ha detectado, aún aquellas que se dan en proporciones de un dígito en, literalmente, decenas de miles de casos similares.

Todo ello indica que, en las relaciones contractuales, y específicamente en el ámbito de la medicina, se comprende un universo muy heterogéneo de comportamientos, con repercusión evidente en el régimen jurídico y probatorio aplicable. De allí que es necesario tener en cuenta las particularidades de cada caso a fin de identificar el régimen pertinente, lo que refuerza la necesidad de discriminar las obligaciones de resultado y de medios, con los matices que las caracterizan, y consecuencias que acarrear.

Otra crítica a la clasificación a estudio constituye la variación en el régimen probatorio que acarrea. En lo que respecta a las **obligaciones de medio**, la concepción rígida de la clasificación carga sobre el acreedor la prueba de la culpa del deudor. La injusticia y la poca practicidad de esta carga procesal fue señalada por la doctrina en su tiempo, ante lo cual se creó una válida reacción. De suyo va que, como consecuencia de los cambios de pensamiento de la sociedad, se fue bosquejando la idea de una interpretación flexible de la clasificación, conforme la cual, en materia de obligación de medios, el deudor es quien debe probar su propio cumplimiento, cuando se encuentra en mejor posición de demostrar el hecho conflictivo. Históricamente, así, precisamente en casos de responsabilidad médica, nació la teoría denominada **de las cargas probatorias dinámicas**, que trasladan al demandado –médico, en este tipo de casos- la obligación probatoria, pues es este quien tiene la prueba en sus archivos o registros de los hospitales o centros asistenciales.

Anticipamos nuestra adhesión a esta última postura, teniendo en cuenta -como primer argumento- que aquella es la que va de acuerdo con lo que prescriben nuestros ordenamientos jurídicos en materia de reclamos contractuales: tanto si se demanda por indemnización de daños o el cumplimiento forzoso de la obligación contractual (incs. a y c, art. 420 C.C.), es el deudor quien debe aportar prueba de su cumplimiento, y no el acreedor (arts. 569, 570 y 719 C.C.).

Aun así, las razones que sustentan la tesis flexible son varias y pueden ser sintetizadas de la siguiente manera: como primer argumento, tenemos que, como dijimos, cuando la atribución de responsabilidad se basa en la conducta supuestamente indebida del médico, los registros del hospital o centro similar o los del propio médico, son los que deberían reconstruir lo sucedido a fin de determinar si el resultado dañoso se debió o no, realmente, a una falta de debido cuidado; es claro que es el médico demandado o el hospital o similar, en su caso, el que está en mejor posición de probar los extremos para aclarar este punto: *“Y se trate de un argumento de pura lógica o racionalidad, o de otro de índole económica, lo cierto es que al actor, en un juicio por daños, le resulta más sencillo demostrar que la otra parte no le ha cumplido o bien que le ha ocasionado un perjuicio, mientras el demandado puede, con relativa facilidad, convencer al juez de que ese detrimento es ajeno a su actuación, o a su diligencia. El caso de la responsabilidad médica, por lo ocurrido en el quirófano, es elocuente; el paciente, en estado de inconsciencia, no puede probar la mala praxis que lo condujo a un agravamiento de su dolencia, pero la demostración de la no culpa o de lo fortuito es relativamente sencilla para el cirujano interviniente.”* (Mosset Iturraspe, op. cit., T VIII, p. 176).

Así también, quien debe cargar con la prueba de descargo es aquel o a quien los hechos acusan por sí mismos (la famosa alocución latina del res ipsa loquitur o los hechos hablan solos), vale decir que, ante la evidencia del daño grave, se crea una suerte de presunción de negligencia, cuando la causa del mismo no es fácilmente explicable, a no ser que sea considerando la culpa de una persona: *“...es considerado un criterio probatorio, por el cual la culpa se infiere de un daño inexplicable, del tipo que no ocurren normalmente en ausencia de aquella; presume que la causa próxima del daño fue el hecho culposo.”* (Ibíd., p. 177). *“Adviértase que el médico no compromete el resultado. Sin embargo, la experiencia muestra que hay una tipología de supuestos en los que el resultado adverso sólo se explica por la presencia de culpa. De tal modo, el resultado integra la regla de experiencia con valor probatorio pero no el contenido de la prestación. Por esa razón, el resultado adverso no obliga al galeno sino que puede ser un elemento para revelar la ausencia de medios adecuados para la curación”* (Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 346).

Finalmente, quien invoca un hecho extraordinario, debe necesariamente probar el mismo, puesto que es inconcebible presumirlo: *“la carga de*

la prueba incumbe a quien invoca un hecho contrario a lo normal, la carga se traslada de una parte a otra, según el juego de las verosimilitudes.” (Mosset Iturraspe, op. cit., T VIII, p. 177).

Todo esto replantea la figura de las obligaciones contractuales calificadas como “de medio” o de diligencia, específicamente en las prestaciones médicas, ante las cuales el juzgador debe preguntarse: *¿se cumplió con el deber de informar al deudor? ¿quién se encuentra en mejor posición para probar la mecánica del hecho y las causas de sus consecuencias? ¿se alegaron hechos extraordinarios como defensa o sustento de alguna pretensión?, y ¿qué puede inferirse de los hechos presentados?*

En lo que concierne a las **obligaciones de resultado**, el carácter objetivo de la obligación se impone en la doctrina moderna. Por tanto, el acreedor solo podrá eximirse si prueba la culpa del acreedor, o el *casus* o fuerza mayor que interrumpan el nexo causal obligatorio. Entonces, en estos supuestos, la discusión no gira en torno de la culpa o no culpa del deudor, sino a la existencia o no de factores externos al deudor, que lo eximan de responsabilidad.

De esta manera y ya concretamente en cuanto a los agravios vertidos contra el decisorio impugnado, no puedo sino coincidir con la apreciación de la negligencia hecha por el preopinante, así como la apreciación hecha de la prueba pericial practicada en autos.

Teniendo en cuenta que la citada prueba fue transcripta *in extenso* en el voto del Ministro preopinante, solo referiré a ciertas cuestiones elementales para fundar mi adhesión:

Si bien coincidimos con la apelante en cuanto a que la similitud de síntomas de enfermedades podría llegar a servir de justificativo para el error de diagnóstico, entiendo que ello solo será así siempre que el médico haya realizado y agotado las pruebas correspondientes, por lo que la confusión no estriba de una mera negligencia, sino de las características o dificultad de la enfermedad misma. Ciertamente, al médico se le exige un estudio adecuado y suficiente del paciente, tal como lo dijimos, y no el resultado mismo (diagnóstico correcto), empero, ello no da luz verde para que el médico pueda omitir un paso tal esencial como es la actuación diligente a fin de apuntar a la identificación correcta de la dolencia a ser tratada. En el caso de marras, la referida prueba pericial deja en claro que el médico tratante persistió con el diagnóstico presuntivo inicial, sin siquiera ocuparse de corroborarlo. En efecto, se lee del primer punto de la prueba pericial que

el diagnóstico inicial con el cual fue admitida la paciente fue de gastroenteritis aguda que, ciertamente, se compadecía con su historial clínico. Luego, se advierte de dicha prueba que la paciente se retiró “sin mejoras”, como consecuencia del alta dada por el médico Aguilera Gaona. Describe el perito, con suma perplejidad, que los médicos mantuvieron el diagnóstico inicial sin cotejarlo, tratándolo de manera simplemente sintomática, cuando que la práctica médica exige agotar los métodos razonables y disponibles de corroboración, por lo que es de buena praxis reevaluar y contrastar el estado del paciente las veces que sean necesarias, de modo tal a considerar definitivo el diagnóstico. Nada de ello ocurrió.

Prosigue detallando que la apendicitis aguda es uno de los diagnósticos clínicos más frecuentes, por lo que cualquier dolor periumbilical o en la fosa iliaca derecha debe inducir primero a creer que se está ante aquella dolencia. Se advierte en el sexto punto de la pericia, que ni siquiera los exámenes clínicos de rigor fueron llevados a cabo por el médico tratante, limitándose a realizar una prueba de ecografía, aun cuando esta no sería la más idónea para el caso.

El argumento de la empresa prepaga, entonces, pierde toda virtualidad puesto que siquiera se realizaron los estudios de rutina de modo a alegar que el error de diagnóstico se dio aun cuando medió un actuar diligente e idóneo del médico tratante. Más aun, de la prueba pericial transcripta se advierte que el galeno no contactó con los médicos especialistas (gastroenterólogo o cirujano general) de modo tal a confirmar el supuesto caso de gastroenteritis (que en realidad era apendicitis). Por lo demás, la referida prueba es, por demás, contundente al afirmar que: *“Es cierto, pero justamente este diagnóstico al ser ‘presuntivo’ (y equivocado) como plantea el preguntado, debió reevaluarse para volverse ‘definitivo’ (y correcto) con los métodos de diagnosis adecuados. En cuanto a los síntomas de apendicitis, evidentemente quedaron disfrazados por los fármacos administrados, cuestión que justamente constituye una arista de la mala praxis encontrada”* (p. 640).

Todo esto denota, a las claras, el incumplimiento de los deberes del médico, lo que trae aparejada la responsabilidad de la empresa prepaga, tal como correctamente lo advirtieron el *ad quem* y el distinguido Ministro preopinante.

Seguidamente, debe abordarse otra cuestión propuesta por la apelante, que refiere a la morigeración de la culpa cuando se trata de médicos, alegando que estos solo responden cuando el “error es grave e inexcusable”.

Mosset Iturraspe se explaya sobre este asunto, y con toda lucidez, demuestra que el trato benévolo otorgado por la doctrina clásica no tiene razón de ser: *“La denominada ‘culpa’ profesional no es otra que aquella culpa en la cual puede incurrir un profesional, en el ejercicio de su quehacer específico. En tal sentido se puede hablar de una ‘culpa profesional’ con el mismo alcance que tendría una ‘culpa comercial’, o una ‘culpa industrial’ o una ‘culpa del productor agrario’, etc. Es la impericia, la negligencia o imprudencia en un determinado quehacer y nada más. Sin autonomía o especificidad. Que se regula por los principios generales de la culpa y no por principios propios”* (Mosset, op. cit. T VIII, p. 362). Antes bien, atendiendo al grado de tecnicismo y profesionalidad de la naturaleza de la obligación del médico, así como las circunstancias de tiempo y lugar, a estos se les requiere una **diligencia incluso mayor** a la que se exigiría a una persona promedio, a un hombre razonable, a un buen padre de familia (art. 421 del C.C.).

No ignoro, al decir esto, la complejidad de la medicina; sin embargo, entiendo que se deben diferenciar las situaciones ordinarias (como el caso de autos) de aquellas extraordinarias, caracterizadas por las dificultades técnicas y científicas que plantean. Entonces, la culpa permanecerá inmutable en el primer escenario, en tanto que en el segundo caso planteado si podría, eventualmente, bosquejarse una morigeración de los estándares exigidos: *“En sustancia, la Casación seguida por la jurisprudencia de mérito, ha establecido muy claramente que el supuesto en que el profesional solo responde por culpa grave se limita al caso concreto, tan extraordinario y excepcional que no haya sido estudiado por la ciencia y que la pericia requerida trascienda la preparación y habilidad de un profesional medio. Pero como regla, el profesional responde, sobre la base de los principios generales, aun por las culpas leves”* (citado en Mosset., op. cit. T VIII, p. 366).

Esto no se dio en el caso de autos, puesto que la facilidad de diagnóstico, así como la frecuencia de la dolencia (apendicitis), permiten desterrar todo posible argumento de “situación extraordinaria, compleja o controvertida científicamente”. Sin más, estamos ante un claro caso de negligencia médica evidente, en una situación que no implicaba dificultad científica mayor.

La apelante argumentó también que la paciente fue diagnosticada previamente en otro establecimiento médico, por lo que el error no fue del médico tratante. Dejando de lado las cuestiones ya referidas, que versan sobre el deber de reevaluar y arribar a un diagnóstico definitivo, debe

traerse a colación lo dicho al inicio del estudio: la responsabilidad de todos los que participan en el hecho dañoso -médicos y entes- es concurrente, y no excluyente. Vale decir, su argumento, en lugar de liberarla, solo sirve para denotar que otras personas o sociedades bien podrían haber sido demandadas por la paciente. Ahora bien, la actora ha decidido dirigir su pretensión exclusivamente contra la empresa prepaga, cuestión para nada objetable cuando se trata de obligaciones *in solidum*, y toda vez que exista un crédito remanente, tal como lo dijimos. Cuestión distinta ya son las posteriores acciones que pudieran surgir como consecuencia del pago hecho por uno de los deudores.

Finalmente, en lo que trata a la posibilidad que el cuadro haya evolucionado con posterioridad al alta, entendemos que este argumento no es atendible. Primeramente, tal como surge de la prueba pericial, la apendicitis podría haberse identificado en su estado primario, lo que, en todo caso, hubiese evitado las posteriores complicaciones de la paciente. Aun así, el nexo causal en estas obligaciones no exige que se trate del hecho inmediatamente anterior al evento dañoso, sino uno suficiente, *según el curso natural y ordinario de las cosas*, para producir el evento dañoso. Del punto décimo de la prueba pericial, se desprende que el propio perito enfatizó que las complicaciones se dieron como consecuencia del diagnóstico erróneo, por lo que no caben dudas que allí se encuentra la causa del daño. Más aun, es por demás notable que, luego de un día del alta, la dolencia evolucionó a estados que requirieron un tratamiento de urgencia de la paciente en el Sanatorio Italiano (situación también advertida por el perito en el décimo punto).

De todo esto surge palmaria la responsabilidad de la empresa prepaga, puesto que han fracasado en demostrar que el servicio de sus auxiliares haya sido idóneo, adecuado, conducente, conforme a la ciencia, técnica, arte u oficio, y puesto al día de los mejores avances de la ciencia. Es más, se ha demostrado muy evidentemente, la situación inversa, es decir, que fue el médico dependiente de la empresa prepaga la que ha caído en actos notoriamente negligentes.

Tampoco se desprende de autos que el demandado haya alegado y menos probado, un hecho extraordinario, caso fortuito o fuerza mayor con suficiente entidad como para liberarlo.

Finalmente, en lo que hace al monto de la condena, me remito a lo argumentado al inicio del presente voto, en cuanto que **Santa Clara S.A.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

no acreditó el monto del acuerdo reparatorio arribado entre la actora y el médico Aguilera Gaona –si hubo el mismo- por lo que el mismo no puede ser tomado en cuenta. Así también, al igual que el preopinante, entiendo que al no mediar otro agravio a este respecto, corresponde confirmar la cuantía asignada por el *ad quem*. En cuanto a los intereses, debo señalar que, si bien sostengo un criterio distinto al indicado como inicio del cómputo de los mismos (día de notificación de la demanda) y la tasa aplicada, debo señalar que el único apelante no hizo referencia al porcentaje aplicado ni al inicio del cómputo. En consecuencia, no puede variarse la primera cuestión -la tasa del 2,7% mensual- por no haberse expresado agravio específico al respecto, y no poder variarse tampoco el inicio del cómputo a una fecha anterior a la de la notificación de la presente demanda, por no poder agravarse la situación del único recurrente -prohibición de *reformatio in peius*-.

Por último, adhiero opinión al modo de imposición de **costas** por el preopinante. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia prosiguió diciendo: Adhiero al juzgamiento del señor Ministro Alberto Martínez Simón, por compartir mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el Acto firmando S.S.S.E.E.E., todo por Ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 112

Asunción, 02 de diciembre del 2.020.-

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

DESESTIMAR el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR los apartados tercero y cuarto del Acuerdo y Sentencia Número 23, del 2 de Abril del 2.018, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala y, en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por Helena Riveros Pintos contra Santa Clara S.A., condenándola a pagar la suma de Gs. 254.452.203, más intereses a tasa mensual del 2,7 %, a computarse desde la fecha de la notificación de la demanda hasta el pago efectivo de la obligación.

JURISPRUDENCIA

IMPONER Costas a la perdidosa en ésta Instancia.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Ministros: César Antonio Garay, Alberto Martínez Simón, Manuel Dejesús Ramírez Candia.

Ante mí: Pierina Ozuna Wood. Secretaria.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 120

Cuestión debatida: *Es o no procedente la nulidad parcial del contrato de compraventa de un bien ganancial, otorgado por uno solo de los cónyuges. Se encuentra o no ajustada a Derecho la decisión de declarar la nulidad respecto al 50 % que corresponde a la accionante en su calidad de socia de la comunidad conyugal.*

COMUNIDAD DE GANANCIALES. Naturaleza. Condominio.

La decisión de segunda instancia de hacer lugar parcialmente a la demanda de nulidad sobre el 50% del bien prometido en venta, no solamente desconoce la naturaleza de la comunidad de gananciales, que no permite establecer, antes de la partición, alícuotas de interés a guisa de condominio; sino que obvia, además, que el interés de ninguna de las partes de este litigio se satisface con una nulidad parcial del acto, que deje incólume una parte e invalide la otra.

COMUNIDAD DE GANANCIALES. Naturaleza. CONTRATO. Validez del acto.

Un pronunciamiento congruente con la naturaleza de la comunidad de gananciales, y que respete el correlativo interés de las partes en la nulidad y en la validez del acto, debió consistir o en la nulidad total del contrato preliminar ex art. 365, segundo párrafo, del Código Civil, plenamente aplicable al caso, y del art. 159 del Código Procesal Civil; o, en su caso, en la desestimación total de la demanda por imperio de las normas mencionadas.

NULIDAD PARCIAL. PRECIO PACTADO CÓNYUGES.

Si se considera que el contrato preliminar *sub examine* difícilmente se hubiera concluido sin la parte anulada por el Tribunal de Apelación, en los términos del art. 365 del Código Civil: baste considerar que el precio pactado entre las partes fijó por todo el inmueble, y que el promitente vendedor se comprometió a que su cónyuge -la actora- también suscribiría la escritura pública. Así pues, el art. 365 del Código Civil impide que -en casos como este- pueda haber nulidad parcial.

NULIDAD PARCIAL. EXTRA PETICIÓN. COSA JUZGADA.

Corresponde declarar la nulidad parcial del fallo de segunda instancia por extra petición, en cuanto resolvió hacer lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico parcialmente por el 50% y hasta ese límite. El alcance de la nulidad del fallo inferior es solo parcial, puesto que -aunque anómala- ya hay cosa juzgada en cuanto a que la demanda debe desestimarse en lo que respecta al 50% de la promesa de venta. Antes de pronunciar la nulidad, deberá transitarse la vía del art. 407 del Código Procesal Civil y juzgarse si el vicio señalado *supra* puede ser reparado en esa sede.

NULIDAD PARCIAL.

Al ser confirmado el rechazo de la nulidad por el 50 % correspondiente a la parte que corresponde al codemandado. En efecto, por disposición del Artículo 403 del Código Procesal Civil, no es posible estudiar dicha cuestión, que al tener doble juzgamiento pasó en autoridad de Cosa Juzgada (Artículo 103 del Código Procesal Civil). Asimismo, en caso de ser desestimada el reclamo por nulidad del Acto Jurídico, si es admisible la reconvencional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública.

DERECHOS REALES.

Es pertinente y necesario señalar que para transmitir Derechos reales sobre bienes que deban ser registrados, el instrumento idóneo es la Escritura Pública, según el Artículo 700, inciso a) del Código Civil. A tenor del Artículo 701 de la misma normativa. Se aprecia, entonces, que el Contrato privado cuya nulidad se reclama no transfiere la propiedad del inmueble. No obstante, habrá que considerar que la codemandada ha promovido

demanda reconvenicional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública, razón por la cual se impone el estudio de la nulidad del referido negocio jurídico.

**COMUNIDAD DE GANANCIALES. ACTO DE DISPOSICIÓN.
Título Oneroso.**

El acto de disposición -a título oneroso- de bien ganancial, sin la participación del otro consorte, no trae aparejada –per se- la nulidad del Acto Jurídico. Ello surge del Artículo 42 de la Ley 1/92, que autoriza a que las facultades de disposición de bienes comunes puedan atribuirse por voluntad de los cónyuges a uno sólo de ellos. Sin embargo, en caso que dicha gestión (desplazada) genere lucro excesivo en perjuicio de la comunidad conyugal, la norma otorga Derecho de indemnización a favor del cónyuge afectado, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 47 de la misma norma.

ACTO JURÍDICO. NULIDAD. CÓNYUGES. MALA FE.

La nulidad del Acto Jurídico –únicamente- será pronunciada en caso de acreditarse fraude a los Derechos del otro consorte y siempre que el tercero sea adquirente de mala fe (Artículo 49 de la Ley N° 1/92).

ACTO JURÍDICO. NULIDAD. CÓNYUGES. MALA FE.

Para el progreso de la demanda por nulidad del Acto Jurídico es ineludible la concurrencia de los siguientes presupuestos: I) acto de disposición fue otorgado en relación a bien ganancial, a título oneroso y por uno sólo de los cónyuges; II) la intención o ánimo de defraudar del cónyuge y III) que el tercero contratante hubiere actuado de mala fe.

CÓNYUGE. ACREEDOR. FRAUDE. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El fraude al que hace alusión el citado Artículo 49 de la Ley N° 1/92, debe entenderse en sentido amplio y se distingue del supuesto establecido en los Artículos 312 y siguientes del Código Civil (De los actos celebrados en fraude de acreedores). En efecto, el cónyuge no actúa a título de acreedor, ya que no tiene crédito alguno -en ese momento- que tutelar. El consorte actúa a título de comunero o socio de la comunidad conyugal para tutelar sus Derechos de participación en los gananciales, los que se efectivizaran al momento de la liquidación de la sociedad conyugal.

No es requisito -para la procedencia de la Acción de Nulidad- que el deudor se encuentre en estado de insolvencia y que el crédito sea de fecha anterior al acto del deudor, extremos que sí son exigidos para la Acción Pauliana.

ACCIÓN DE NULIDAD. CÓNYUGES. Participación en los gananciales. Disolución.

La Acción de Nulidad permite atacar el acto realizado con intención de perjudicar al otro cónyuge, de defraudarlo, anulando o reduciendo los Derechos de participación en los gananciales que éste tiene y puede ser instaurada en cualquier momento, sin que sea necesario disolución de la comunidad conyugal.

COMUNIDAD DE GANANCIALES. ACTO DE DISPOSICIÓN. Título Oneroso. FRAUDE.

Cuando el esposo de la accionante obró con fraude respecto a los Derechos de su consorte, no podemos desconocer que tenía cabal conocimiento que el acto de disposición –a título oneroso- del bien ganancial, perjudicaría la regla que impone la división en partes iguales de los bienes comunes. Ello puede corroborarse con la alusión contenida en la cláusula tercera del Contrato, en la que se comprometió “*a firmar la Escritura Pública de Transferencia Definitiva conjuntamente con su cónyuge...*”. A pesar que se encuentra demostrado el fraude del esposo, no fue acreditado el cumplimiento del tercer presupuesto para la nulidad del Acto referido a la mala fe de la compradora del inmueble.

CONTRATO. BUENA FE. Presunción.

Nuestro ordenamiento legal consagra como Principio rector y general el de la buena fe en la formación, celebración, interpretación y ejecución de los Contratos (Artículos 372, 714 y 715 del Código Civil). Quien alega mala fe deberá acreditarla fehacientemente, pues la Ley presume la buena fe de los contratantes.

CONTRATO. Privado. Consentimiento. Firma. Compraventa. CÓNYUGES.

Cuando la accionante se limitó a señalar que el Contrato privado fue suscrito sin su consentimiento, pero sin alegar –ni menos probar- la mala fe

de la compradora. Además, de constancias procesales se aprecia que la compradora firmó el Contrato de compraventa en el entendimiento que el esposo de la accionante contaba con su autorización. La creencia de actuar conforme a Derecho se encuentra corroborada con el hecho que el vendedor se comprometió *“a firmar la Escritura Pública de Transferencia Definitiva conjuntamente con su cónyuge...”*.

CONTRATO. Privado. Consentimiento. Firma. Compraventa. PRUEBAS. CÓNYUGES. Indemnización. Venta de Bien Ganancial.

La concurrencia de los elementos probatorios, sumados a la orfandad probatoria de la accionante, nos lleva a la convicción que la compradora adquirió el inmueble de buena fe, esto es, en la creencia que la accionante otorgó autorización al esposo para vender el bien de la comunidad conyugal y que concurriría a la firma de la Escritura Pública. Sin perjuicio que la accionante ejerza el Derecho concedido en el Artículo 47 de la Ley N° 1/92, a fin de reclamar a su cónyuge indemnización por el lucro obtenido por la venta de bien ganancial realizada sin su participación.

COMPRADOR. MALA FE. NULIDAD.

Al no haberse acreditado –siquiera someramente- la mala fe de la compradora, requisito ineludible para la procedencia de la Acción (ex Artículo 49 de la Ley N° 1/92), cabe en estricto Derecho no hacer lugar a la demanda por nulidad de Acto Jurídico y, en consecuencia, revocar parcialmente el apartado 3° del Fallo impugnado.

ACTO JURÍDICO. NULIDAD. DEMANDA RECONVENCIONAL. Cumplimiento de Contrato. Obligación de Hacer Escritura Pública.

Rechazada la demanda por nulidad de Acto Jurídico, corresponde estudiar la procedencia de la demanda reconvenzional de cumplimiento del Contrato y obligación de hacer Escritura Pública.

OBLIGACIÓN DE HACER ESCRITURA PÚBLICA. CONTRATO. Compraventa.

La obligación de escriturar es deber, compromiso, convenio, exigencia, vínculo, etc., de hacer, conforme establece el Artículo 701 del Código Civil, en concordancia con los Artículos 476 y siguientes de dicha normativa.

Igualmente, obligación accesoria de principales, que el Contrato de compraventa impone a las Partes constituyendo la vía instrumental, el modo idóneo de satisfacer la obligación primordial contraída por el vendedor, de transmitir el dominio de la cosa vendida.

CONTRATO. Compraventa. Pago Precio de Venta.

Cuando, se aprecia que el Contrato quedó cumplido -a cabalidad- por la reconviniente, pues acreditó el pago del precio de venta del inmueble, cuyo saldo depositó en la cuenta Judicial abierta a nombre del Juicio y a la orden del Juzgado, en esas condiciones, corresponde hacer lugar a la demanda por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública.

COMUNIDAD DE GANANCIALES.

El señor Ministro Alberto Martínez Simón: al solo efecto de fijar una postura jurídica al respecto, sostiene el criterio que los bienes gananciales deben ser transferidos, conjuntamente, por *ambos cónyuges*, bajo pena de nulidad. Podría, eventualmente, admitirse una ratificación posterior, pero el régimen establecido por la ley es el de la transferencia en conjunto, de la totalidad del bien. Por lo tanto, disiento con el fallo del Tribunal de Apelación de dar validez a la transferencia del 50% del bien ya que, reitero, la ley no permite disposiciones parciales del bien ganancial, excepción que se hace con las ejecuciones que se llevan adelante contra uno sólo de los cónyuges, en los cuales la ley permite –reitero, por excepción, el embargo y eventual remate de la parte de gananciales de uno de los cónyuges pero tratándose de actos de disposición –compraventa, donaciones, etc.- cuando se involucre a un bien ganancial, ambos cónyuges deberán otorgar su consentimiento para el acto.

COMUNIDAD DE GANANCIALES. ACTO DE DISPOSICIÓN. Título Oneroso.

La Ley 1/92 debe ser leída como un todo, de manera tal que, al no establecerse expresamente la nulidad para los actos onerosos de disposición celebrados por solo uno de los cónyuges -como sí lo hace el artículo 42 *in fine* para los actos a títulos gratuitos- la solución a los actos celebrados sin autorización está dada en el artículo 47, que dispone: “*Si como consecuencia de un acto de administración o disposición de bienes comunes, llevado a cabo*

por uno solo de los cónyuges, hubiere obtenido el mismo un lucro excesivo y ocasionando un perjuicio a la comunidad, será deudora a la misma por el importe del perjuicio causado, aunque el otro no lo impugnase”.

**COMUNIDAD DE GANANCIALES. ACTO DE DISPOSICIÓN.
Título Oneroso. CÓNYUGES. Indemnización.**

Los actos de disposición a título oneroso acarrearían, a lo sumo, un deber de indemnizar al otro cónyuge, empero, el acto celebrado continuaría siendo válido.

**CONTRATO. Privado. Consentimiento. Firma. Compraventa.
CÓNYUGES.**

El artículo 42 de la Ley 1/92 prevé la posibilidad de que solo uno de los cónyuges celebre los actos de disposición. Sin embargo, esta facultad está supeditada a un requisito insoslayable: la autorización del otro esposo.

**COMUNIDAD DE GANANCIALES. ACTO DE DISPOSICIÓN.
Título Oneroso. CÓNYUGES. Indemnización.**

El artículo 47 de la Ley 1/92 no indica una solución contraria a la nulidad, sino que simplemente señala que, en cualquier supuesto, aun cuando el cónyuge solitario procediese conforme a derecho –a través de un poder habilitante, por ejemplo- deberá indemnización al otro cónyuge, cuando *hubiere obtenido un lucro excesivo o hubiere ocasionado un perjuicio a la comunidad*, o cuando hubiere procedido *culposa o dolosamente*, dañando así los intereses del consorte.

CÓNYUGE NO CONTRATANTE. Autorización. ACTO DE DISPOSICIÓN. COMUNIDAD DE GANANCIALES. Indemnización.

La lectura que debe darse a la norma del artículo 47 de la Ley 1/92 debe ser la siguiente: La autorización del cónyuge no contratante es esencial. En los casos que ésta sí haya mediado, y como consecuencia de un acto de disposición, el cónyuge contratante haya ocasionado perjuicios a la comunidad, será responsable con el otro cónyuge por el importe del perjuicio causado. Más aún, éste deberá esa indemnización –sin perjuicio del derecho de reclamar la nulidad- cuando actuando ilícitamente, es decir, actuando sólo y sin poder habilitante, el cónyuge realizara actos de administración o

disposición –estos últimos evidentemente nulos, además- y éstos fueren perniciosos a los intereses del otro cónyuge.

CÓNYUGE. MALA FE. FRAUDE. NULIDAD.

Tampoco puede interpretarse que la existencia del *fraude a los derechos del cónyuge* y de la *mala fe* del tercero adquirente sean dos requisitos a cumplirse para pedirse la nulidad en caso que el cónyuge haya procedido en forma solitaria a enajenar bienes gananciales, pues en este caso no corresponde hacer una interpretación sistemática y conjunta de los arts. 42 y 49 de la ley 1/92, ya que regulan casos diferentes.

CÓNYUGES. COMUNIDAD DE GANANCIALES. ACTO DE DISPOSICIÓN. NULIDAD.

La norma regulada por el art. 49 de la Ley 1/92 se trata de otro supuesto, y se refiere a todo acto -aún el realizado con poder habilitante suficiente- que realice el cónyuge y que sea dañoso para el otro cónyuge, defraudando sus legítimos derechos, habiéndose prestado el tercero, de mala fe, a la maniobra. Como claramente puede notarse, el caso es diferente al previsto en el art. 42 que regula taxativamente la disposición de bienes gananciales y establece, claramente, que ambos cónyuges deben realizar conjuntamente, el acto jurídico correspondiente, bajo pena de nulidad.

NULIDAD. Total. Parcial. COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES. Administración conjunta.

El argumento de la nulidad total –en oposición a la nulidad parcial declarada por el *ad quem*- adquiere aún más relevancia si tomamos en cuenta la naturaleza de la comunidad de bienes gananciales. Los bienes que se comprenden en ella, vale decir, no corresponden en condominio a los esposos -de modo a entender que cada uno tiene un porcentaje o alícuota sobre aquellos- sino que todo el acervo se encuentra indistintamente en propiedad y administración conjunta de ambos cónyuges.

COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES.

Los esposos tienen el derecho a usar y gozar en conjunto los bienes, hasta que la comunidad ganancial se liquide y disuelva, luego de lo cual pasarán a ser propiedad de uno u otro, o de ambos, si así convinieren.

**COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES. Administración.
Falta de Autorización.**

La solución dada por el Tribunal *ad quem* carece de asidero legal, en tanto que el inmueble no corresponde en un 50% a la actora, “...en su calidad de socia de la comunidad conyugal.” A lo sumo, podría argüirse que la administración de tal bien correspondía en conjunto –y en igualdad de derechos- a ambos cónyuges, por lo que la falta de autorización de uno de ellos –cuando la ley expresamente lo exigía- torna inexorablemente nulo el acto por imperio de la norma general contenida en el artículo 27 del Código Civil.

**COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES. Administración.
Falta de Autorización.**

Por la naturaleza de los bienes gananciales, la nulidad no podría darse de manera parcial, puesto que lo que en esencia ocurre consiste en el desplazamiento de un bien administrado en conjunto por uno solo de los administradores.

INMUEBLE. Transferencia. NULIDAD. COSA JUZGADA.

En puridad correspondería la nulidad de la transferencia en su totalidad. Sin embargo, en autos nos encontramos ante un obstáculo que, a ojos vista, se juzga insalvable, puesto que la actora no ha recurrido el Acuerdo y Sentencia, dictado por el Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay, motivo por el cual, a pesar del desacuerdo personal formulado con lo allí resuelto en cuanto a la extensión de la validez o de la nulidad del acto de disposición, ya existe cosa juzgada con respecto a la improcedencia parcial de la demanda.

COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES. Naturaleza.

La naturaleza de la comunidad de gananciales impide que pueda decretarse una nulidad parcial del acto jurídico de disposición celebrado por uno de los cónyuges, cuando ella traiga aparejada la determinación anticipada -antes de la disolución- de la alícuota de participación y la consecuente constitución -absolutamente impropia, y no pretendida por ninguna de las partes- de un condominio entre el otro cónyuge y el comprador, sobre un bien ganancial.

COSA JUZGADA.

Cuando en primera instancia se desestimó totalmente la demanda y en segunda se la desestimó, pero sólo parcialmente, ya hay cosa juzgada sobre la improcedencia al menos parcial de la demanda. Y como esto último no es posible por imperio del art. 365 del Código Civil, la única solución coherente con la cosa juzgada consiste en extender sus efectos a todo el acto y, de tal modo, reparar el interés de la codemandada y reconviniente apelante, en la pervivencia total del contrato preliminar.

COSA JUZGADA.

Sea cual fuere el resultado del examen del mérito, deberá respetarse la cosa juzgada, que no puede consistir, ni en una nulidad parcial -por ser *contra legem*- ni tampoco en una nulidad total -porque la validez parcial es cosa juzgada- del preliminar de compraventa impugnado.

C.S.J. Sala Civil. 17/12/2020. Juicio: “María Doralicia Acuña de Isasi c/ Lucineide Hang y Juan Francisco Isasi Espínola s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 120).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, ¿Se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: Garay, Martínez Simón y Jiménez Rolón.

A la primera cuestión planteada el señor Ministro César Antonio Garay, dijo: el recurrente no ha fundado el Recurso. Tampoco se advierten vicios formales o estructurales que autoricen sanción de oficio, en los términos del Artículo 113 del Código Procesal Civil, razón por la cual corresponde declarar Desierto el Recurso, según el Artículo 419 de la misma normativa. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón dijo: **EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD:** Me adhiero al voto del Ministro César Antonio Garay, por los mismos fundamentos.

ES MI VOTO.

A su turno el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón dijo: A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA: cabe disentir respetuosamente de los votos que anteceden, por los fundamentos que siguen.

María Doralicia Acuña de Isasi -actora- promovió demanda de nulidad de acto jurídico -contrato preliminar de compraventa- contra Juan Francisco Isasi Espínola -su cónyuge y vendedor- y Lucineide Hagn -compradora- (fs. 17/19). De los términos del escrito inicial surge que a la actora interesa la nulidad total, y no parcial, de la promesa de compraventa. Esto se confirma plenamente con la lectura del escrito de contestación del traslado que le fuera corrido en esta instancia (fs. 329/333); allí pidió que el contrato sea anulado en todas sus partes y en forma absoluta o, en su defecto, se confirme el fallo recurrido, que anuló el acto sólo de modo parcial.

En consecuencia, la decisión de segunda instancia de hacer lugar parcialmente a la demanda de nulidad sobre el 50% del bien prometido en venta (f. 308), no solamente desconoce la naturaleza de la comunidad de gananciales, que no permite establecer, antes de la partición, alícuotas de interés a guisa de condominio; sino que obvia, además, que el interés de ninguna de las partes de este litigio se satisface con una nulidad parcial del acto, que deje incólume una parte e invalide la otra.

En efecto, un pronunciamiento congruente con la naturaleza de la comunidad de gananciales, y que respete el correlativo interés de las partes en la nulidad y en la validez del acto, debió consistir o en la nulidad total del contrato preliminar ex art. 365, segundo párrafo, del Código Civil, plenamente aplicable al caso, y del art. 159 del Código Procesal Civil; o, en su caso, en la desestimación total de la demanda por imperio de las normas mencionadas.

Ello es claro si se considera que el contrato preliminar *sub examine* difícilmente se hubiera concluido sin la parte anulada por el Tribunal de Apelación, en los términos del art. 365 del Código Civil: baste considerar que el precio pactado entre las partes -Juan Francisco Isasi Espínola y Lucineide Hagn- se fijó por todo el inmueble, y que el promitente vendedor se comprometió a que su cónyuge -la actora- también suscribiría la escritura pública.

Así pues, el art. 365 del Código Civil impide que -en casos como este- pueda haber nulidad parcial. La doctrina, al respecto, es unánime (*vide*: GALGANO, Francesco. 2019. *Diritto privato*. Diciottesima edizione. Milano:

CEDAM, pp. 303/304; GALGANO, Francesco. 2002. *Il negozio giuridico*. Segunda edición. Milano: Giuffrè Editore. pp. 351/354; GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El acto jurídico. Hechos y actos jurídicos*. Asunción: Intercontinental. pp. 673/676).

Por tanto, corresponde declarar la nulidad parcial del fallo de segunda instancia por extra petición, en cuanto resolvió hacer lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico parcialmente por el 50% y hasta ese límite. El alcance de la nulidad del fallo inferior es solo parcial, puesto que - aunque anómala- ya hay cosa juzgada en cuanto a que la demanda debe desestimarse en lo que respecta al 50% de la promesa de venta.

Ahora bien, antes de pronunciar la nulidad, deberá transitarse la vía del art. 407 del Código Procesal Civil y juzgarse si el vicio señalado *supra* puede ser reparado en esa sede.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay, prosiguió diciendo: Por S. D. N° 82, del 22 de Mayo del 2.018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, de la Circunscripción Judicial Amambay, se resolvió: *"NO HACER LUGAR, a la demanda de NULIDAD DE ACTO JURÍDICO promovida por la Sra. MARÍA DORALICIA ACUÑA DE ISASI contra los Sres. JUAN FRANCISCO ISASI ESPÍNOLA Y LUCINEIDE HAGN, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.; HACER LUGAR, a la demanda de CUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y OBLIGACION DE HACER ESCRITURA PÚBLICA promovida por la Sra. LUCINEIDE HANG contra los Sres. JUAN FRANCISCO ISASI ESPINOLA y MARIA DORALICIA ACUÑA DE ISASI, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; en consecuencia,: INTIMAR a los Sres. JUAN FRANCISCO ISASI ESPINOLA y MARIA DORALICIA ACUÑA DE ISASI, a que en el perentorio plazo de diez (10) días, de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, comparezcan ante el Escribano Público JULIO CESAR ORTIZ DUARTE, para formalizar la Escritura Pública de Transferencia de Dominio del bien inmueble individualizado como: Finca N° 99 del Distrito de Bella Vista Norte, a favor de la Sra. LUCINEIDE HANG, bajo apercibimiento de firmarlo el Juzgado en su nombre, siempre y cuando estén dadas las condiciones legales y registrables de rigor, para dicho efecto.; IMPONER las costas a la parte perdidosa.; ANOTAR..."* (fs. 275/9).

Recurrida dicha Resolución, fue dictado Acuerdo y Sentencia Número 2, del 6 de Febrero de 2.019, por el cual el Tribunal de Apelación en lo Civil

y Comercial de la Circunscripción Judicial Amambay, resolvió: "1. **DECLARAR DESIERTO** el recurso de nulidad interpuesto, por los motivos expuestos en la presente resolución.; 2. **REVOCAR** la S.D. N° 82 de fecha 22 de Mayo de 2018, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de esta Circunscripción Judicial Abg. Carlos Bernardino Alvarenga Groos, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.; 3. **HACER LUGAR** parcialmente la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por la Sra. María Doralicia Acuña de Isasi contra los Sres. Lucineide Hagn y Juan Francisco Isasi Espínola; por consiguiente, **DECLARAR** la nulidad parcial del acto jurídico de compraventa de inmueble formalizado por instrumento privado entre los Sres. Juan Francisco Isasi Espínola y Lucineide Hagn, en fecha 17 de agosto de 2010, sobre el inmueble individualizado como Finca N° 99 del Distrito de Bella Vista, específicamente el 50% de la parte que corresponde a la Sra. María Doralicia Acuña de Isasi, en su calidad de socia de la comunidad conyugal.; 4. **NO HACER LUGAR** la demanda reconvenzional de cumplimiento de contrato y obligación de hacer y dar escritura pública promovida por la Sra. Lucineide Hagn contra los Sres. María Doralicia Acuña de Isasi y Juan Francisco Isasi Espínola.; 5. **IMPONER** las costas a la perdidosa en ambas instancias.; 6. **ANOTAR...**" (fs. 305/8).

Contra ese Fallo se agravió la recurrente, en los términos del escrito que rola a fs. 322/5. Esgrimió que el Ad quem a través de interpretación forzada, derogó o modificó parcialmente el Artículo 42 de la Ley N° 1/92. Sostuvo que la citada normativa dispone que los actos de disposición de bienes gananciales a título oneroso corresponden a ambos cónyuges, señalando que no existe expresa disposición que refiera que en el caso que solo uno de ellos lo realizare, traiga aparejada la nulidad absoluta del acto. Aseveró que, si la norma no sancionaba de nulidad en forma expresa, la Alzada -por medio de interpretación- no podía hacerlo, según los Artículos 47 de la citada norma, en concordancia con el 357 del Código Civil. Señaló que en caso de considerarse la nulidad relativa, debía surgir del contexto de los Actos, afirmando que sólo podía darse si con el acto de disposición, uno de los cónyuges pretendía perjudicar al otro. Sostuvo que, en el caso, el acto benefició a la comunidad, pues quedó probado que con el dinero de la venta del inmueble se pagaron numerosas y millonarias deudas de la comunidad ganancial (más de Gs. 500.000.000), afirmando que el saldo fue depositado en el Juicio

de Pago por Consignación. Arguyó que si bien la accionante no firmó el Contrato privado de compraventa, siempre tuvo conocimiento de la venta (conforme prueba testifical), sosteniendo que permitió y se benefició con la venta. Adujo que promovió Juicio de Pago por consignación contra los cónyuges, dictándose Sentencia firme y ejecutoriada que los obligaba a recibir el saldo del monto acordado. Señaló que si existiere perjuicio a la comunidad o a uno de los cónyuges, correspondería acción entre los cónyuges y no contra su parte, que fue compradora de buena fe y cumplió lo pactado. Refirió que el Ad quem declaró la nulidad del Contrato por la nulidad misma, pues no estaba demostrado perjuicio económico, ni moral. Alegó que el Fallo recurrido conculcaba el Artículo 1.817 del Código Civil, pues su Parte pagó la totalidad del valor del inmueble, pero no se dispuso la devolución del 50% del valor pagado. Adujo que debió disponerse que el otro demandado proceda a transferir su porción y hacer lugar parcialmente a la demanda reconvenicional, peticionando que la reconvenida transfiera el inmueble objeto de litis. Por dichas razones, solicitó revocatoria del Fallo impugnado, con imposición de costas a la Parte contraria en las tres Instancias. Por A.I. N° 890, del 9 de Septiembre del 2.019, se resolvió dar por decaído el Derecho que dejó de usar el Abog. Vicente Carneiro Morel para presentar su escrito de contestación de traslado que le fue corrido.

La discusión está en determinar si es o no procedente la nulidad parcial por acto de disposición –a título oneroso- de bien ganancial, otorgado por uno solo de los cónyuges. Esto es, si se encuentra ajustada a Derecho la decisión de declarar la nulidad respecto al 50 % que corresponde a la accionante en su calidad de socia de la comunidad conyugal, pues ha sido confirmado el rechazo de la nulidad por el 50 % correspondiente a la parte que corresponde al codemandado Juan Francisco Isasi Espínola. En efecto, por disposición del Artículo 403 del Código Procesal Civil, no es posible estudiar dicha cuestión, que al tener doble juzgamiento pasó en autoridad de Cosa Juzgada (Artículo 103 del Código Procesal Civil). Asimismo, en caso de ser desestimada el reclamo por nulidad del Acto Jurídico, si es admisible la reconvenicional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública.

Preliminar: es pertinente y necesario señalar que para transmitir Derechos reales sobre bienes que deban ser registrados, el instrumento idóneo es la Escritura Pública, según el Artículo 700, inciso a), del Código Civil. En efecto, *“los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública,*

fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmada aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad...”, a tenor del Artículo 701 de la misma normativa. Se aprecia, entonces, que el Contrato privado cuya nulidad se reclama no transfiere la propiedad del inmueble. No obstante, habrá que considerar que la codemandada ha promovido demanda reconvenzional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública, razón por la cual se impone el estudio de la nulidad del referido negocio jurídico.

El Artículo 42, de la Ley N° 1/92 (De reforma parcial del Código Civil) regla: *“Los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales corresponden a ambos cónyuges, conjuntamente, empero cualquiera de ellos puede ejercer tal facultad con poder especial del otro. Para los actos de disposición a título gratuito de los gananciales se requiere bajo pena de nulidad el consentimiento de ambos excepto los pequeños presentes de uso”*. En concordancia, el Artículo 47 de la misma normativa reza: *“Si como consecuencia de un acto de administración o disposición de bienes comunes, llevado a cabo por uno solo de los cónyuges, hubiere obtenido el mismo un lucro excesivo, ocasionando un perjuicio a la comunidad, será deudora a la misma por el importe del perjuicio causado, aunque el otro no lo impugnase”*. A su vez, el Artículo 49 dispone: *“Cuando el acto constituyere un fraude a los derechos del consorte el afectado podrá demandar la nulidad, siempre que el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe”*.

Claramente, a tenor de la citada normativa, el acto de disposición -a título oneroso- de bien ganancial, sin la participación del otro consorte, no trae aparejada per se la nulidad del Acto Jurídico. Ello surge del Artículo 42 de la citada normativa, que autoriza a que las facultades de disposición de bienes comunes puedan atribuirse por voluntad de los cónyuges a uno sólo de ellos. Sin embargo, en caso que dicha gestión (desplazada) genere lucro excesivo en perjuicio de la comunidad conyugal, la norma otorga Derecho de indemnización a favor del cónyuge afectado, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 47 de la misma norma. La nulidad del Acto Jurídico –única-mente- será pronunciada en caso de acreditarse fraude a los Derechos del otro consorte y siempre que el tercero sea adquirente de mala fe (Artículo 49 de la Ley N° 1/92).

Entonces para el progreso de la demanda por nulidad del Acto Jurídico es ineludible la concurrencia de los siguientes presupuestos: I) acto de

disposición fue otorgado en relación a bien ganancial, a título oneroso y por uno sólo de los cónyuges; II) la intención o ánimo de defraudar del cónyuge y III) que el tercero contratante hubiere actuado de mala fe.

En relación al primer requisito, resulta incontrovertible -a estas horas- que María Doralicia Acuña de Isasi está casada con Juan Francisco Isasi Espínola desde el 6 de Julio de 1.963 (Vide: fs. 27). Asimismo, que por Escritura Pública N° 95, del 6 de Agosto de 1.979, autorizada por la Notaria Rafaela E. Martínez, Juan Francisco Isasi, de estado civil casado, otorgó Poder especial a Lino Marcial Arguello Brítez, para la compra del inmueble individualizado como Finca N 99 del Distrito de Bella Vista Norte, inscripto bajo el N° 3 y al folio 4 y siguientes, con superficie de 11 hectáreas con 6.150 metros cuadrados (fs. 6/8). De la misma manera, no fue negada la existencia del Contrato Privado de compraventa de inmueble y compromiso de hacer Escritura Pública celebrado el 17 de Agosto del 2.010, por el cual Juan Francisco Isasi Espínola cedió, vendió y transfirió a favor de Lucineide Hagn el inmueble de referencia (fs. 4/5).

Respecto al segundo requisito, concerniente al fraude del cónyuge, cabe realizar algunas puntualizaciones. En tal sentido, el fraude al que hace alusión el citado Artículo 49 de la Ley N° 1/92, debe entenderse en sentido amplio y se distingue del supuesto establecido en los Artículos 312 y siguientes del Código Civil (De los actos celebrados en fraude de acreedores). En efecto, el cónyuge no actúa a título de acreedor, ya que no tiene crédito alguno -en ese momento- que tutelar. El consorte actúa a título de comunero o socio de la comunidad conyugal para tutelar sus Derechos de participación en los gananciales, los que se efectivizaran al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. De ahí que no es requisito -para la procedencia de la Acción- que el deudor se encuentre en estado de insolvencia y que el crédito sea de fecha anterior al acto del deudor, extremos que sí son exigidos para la Acción Pauliana. En puridad, la Acción en estudio permite atacar el Acto realizado con intención de perjudicar al otro cónyuge, de defraudarlo, anulando o reduciendo los Derechos de participación en los gananciales que éste tiene y puede ser instaurada en cualquier momento, sin que sea necesario disolución de la comunidad conyugal.

Como bien señala la más sólida Jurisprudencia ha señalado: *“El fraude a los acreedores no es sino una especie dentro de una noción más amplia, como es la de fraude en sentido genérico, que abarca, además del caso*

típico del fraude al acreedor, el cometido contra la socia en la sociedad conyugal, a través de un acto intencionalmente dirigido a perjudicar sus derechos de participación en los gananciales. Por ello, es que el ejercicio de la acción de fraude no se halla supeditado a la disolución de la sociedad conyugal, a los efectos del surgimiento de un crédito, para poder invocar carácter de acreedor, y puede ser interpuesta en todo tiempo”. (Del voto del Dr. Bossert -C. Nac. Civ., Sala F, 4/12/1.989, - Landaburu de Luppino, María E. c. Luppino, roque y otros”. J.A. 1.990-II-158). En igual sentido, se sostuvo: “...si no se le permite la acción de fraude a la cónyuge permitiríamos que el cónyuge administrador se desprendiera dolosamente de los bienes gananciales durante la sociedad conyugal, para exhibirse insolvente en el momento de la disolución...” (“ADO, MB C/ O, C y otros s/ Simulación). C. Civ.Com., Sala 1º, San Isidro. 23 /8/2.001).

María Doralicia Acuña de Isasi esgrimió que su esposo Juan Francisco Isasi Espínola suscribió Contrato de compraventa de bien ganancial sin su consentimiento y firma, comprometiendo el bien de la comunidad conyugal y ocasionando perjuicio irreparable a su Parte (fs. 17/9). Juan Francisco Isasi Espínola (esposo) formuló allanamiento al reclamo, según surge a fs. 60. Sin embargo, la codemandada Lucineide Hagn (compradora), rechazó la nulidad del Acto Jurídico, esgrimiendo que la accionante conocía el negocio jurídico realizado por su esposo y que fue beneficiada con él, sin que exista perjuicio económico. Sostuvo que la actora con total mala fe se negó a transferir el inmueble exigiendo mayor precio. Al mismo tiempo, promovió demanda reconvenicional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública, esgrimiendo que los esposos Juan Francisco Isasi Espínola y María Doralice Acuña de Isasi percibieron el importe pactado en el Contrato, afirmando que el saldo del precio estaba a disposición de los reconvenidos en cuenta corriente Judicial a nombre del Juicio de pago por consignación. Aseveró que cumplió -a cabalidad- el Contrato del 17 de Agosto del. 2.010, cancelando la deuda y el precio de venta, por lo que correspondía otorgar Escritura Pública a su favor, en virtud a la cláusula tercera del Contrato (fs. 105/13). La reconvenida desconoció el Contrato de compraventa del inmueble, afirmando que nunca recibió pago parcial por la venta del inmueble, nunca firmó recibo que le comprometía, ni autorizó a la reconviniente a ocupar el inmueble y mucho menos a realizar mejoras en el lugar. Alegó que si bien existía demanda de pago por consignación, no tenía vinculación para obligarla, dado que el Contrato sólo fue firmado por uno de

los cónyuges (fs. 132/4). Asimismo, se encuentra agregado por cuerda, constancias del expediente intitulado: “LUCINEIDE HANG C/JUAN FRANCISCO ISASI ESPINOLA Y DORALICIA ACUÑA DE ISASI S/ PAGO POR CONSIGNACIÓN”, surge que la codemandada Luceneide Hang promovió demanda contra los esposos, afirmando que suscribió Contrato de compraventa con el matrimonio Isasi Acuña, representado por Juan Francisco Isasi Espínola “*por el cual este último vendía un inmueble de propiedad de la comunidad conyugal...*”. En esa oportunidad, la compradora refirió que el precio de venta era de USD 28.000, señalando que a la firma del Contrato abonó al vendedor USD 16.000 y que, posteriormente, pagó “*al matrimonio, en la persona de Juan Francisco Espínola Isasi*”, USD 4.000 y USD 5.000, ofreciendo el pago del precio USD 3.000, vía Judicial, porque los esposos se negaban a firmar Escritura Pública de transferencia. El Juzgado dio por decaído el Derecho para contestar demanda de Juan Francisco Isasi Servín y María Doralicia Acuña de Isasi (fs. 46), decisión confirmada en Segunda Instancia (fs. 93/4). Posteriormente, fue dictada Sentencia Definitiva, haciéndose lugar al reclamo del pago por consignación (fs. 205/6), confirmada en Segunda Instancia (fs. 244/8).

Resulta innegable que el esposo de la accionante obró con fraude respecto a los Derechos de su consorte. En efecto, no podemos desconocer que tenía cabal conocimiento que el acto de disposición –a título oneroso- del bien ganancial, perjudicaría la regla que impone la división en partes iguales de los bienes comunes. Ello puede corroborarse con la alusión contenida en la cláusula tercera del Contrato, en la que se comprometió “*a firmar la Escritura Pública de Transferencia Definitiva conjuntamente con su cónyuge...*” (fs. 4 vlt.). A pesar que se encuentra demostrado el fraude del esposo, no fue acreditado el cumplimiento del tercer presupuesto para la nulidad del Acto referido a la mala fe de la compradora del inmueble.

Aquí es menester puntualizar que nuestro ordenamiento legal consagra como Principio rector y general el de la buena fe en la formación, celebración, interpretación y ejecución de los Contratos (Artículos 372, 714 y 715 del Código Civil). Enseña Alsina Atienza: “*la buena fe jurídica consiste en la convicción de obrar conforme a derecho*” (citado por Garibotto, Teoría General del Acto Jurídico, página 36). En consecuencia, “*quienes otorgan un acto jurídico deben actuar con plena convicción de obrar conforme a derecho, es decir, con buena fe subjetiva, así como proceder honesta y lealmente, o sea,*

con buena fe objetiva, tanto al celebrar el negocio como en todas y cada una de las etapas de su cumplimiento” (Garibotto, *Ibidem*: página 36).

De ahí que quien alega mala fe deberá acreditarla fehacientemente, pues la Ley presume la buena fe de los contratantes. En el caso, la accionante se limitó a señalar que el Contrato privado fue suscrito sin su consentimiento, pero sin alegar –ni menos probar- la mala fe de la compradora. Además, de constancias procesales se aprecia que la compradora firmó el Contrato de compraventa en el entendimiento que el esposo de la accionante contaba con su autorización. La creencia de actuar conforme a Derecho se encuentra corroborada con el hecho que el vendedor se comprometió “*a firmar la Escritura Pública de Transferencia Definitiva conjuntamente con su cónyuge...*” (cláusula tercera). En ese entendimiento, la reconviniendo realizó pagos del precio del inmueble, promoviendo Juicio de pago por consignación a fin de saldar la totalidad del precio, extremo que se encuentra suficientemente acreditado en dicho Juicio. El precio de venta fue fijado en USD 28.000, abonándose en el acto de la firma del Contrato USD 16.000 y USD 12.000 a ser pagada al suscribirse la Escritura Pública (cláusula segunda). Ahora bien, se aprecia que la compradora realizó –anticipadamente- pagos parciales del precio del inmueble, a fin de levantar los embargos que pesaban sobre el inmueble inscripto a nombre del matrimonio Isasi Acuña.

Adquiere mayor relevancia el testimonio rendido por el Escribano Público Nicodemus Ortigoza Gómez quien certifico las firmas obrantes en el documento y realizó trámites escriturarios. El referido Fedatario Público sostuvo que si bien no le constaba que la actora tenía conocimiento de la existencia del negocio, “*según manifestaciones del Sr. Juan Francisco Isasi Espínola la Sra. María Doralicia Acuña de Isasi si tenía conocimiento del contrato privado de compraventa y que firmaría la escritura pública de transferencia...*”. Si bien aseveró que el nombre de la accionante no estaba incluido en el Contrato de compraventa, señaló que tal circunstancia aconteció “*porque la misma se encontraba fuera del país, pero que el Sr. Juan Francisco Isasi Espínola se comprometía a firmar junto con la Sra. María Doralicia Acuña de Isasi la escritura pública*”. De igual manera refirió: “*los pagos parciales que fueron entregados por la Sra. LUCINEIDE HAGN, sería para el levantamiento de embargos que pesaban sobre el inmueble, que se descubrió en el momento de solicitar el certificado de condiciones de dominio...*”. En cuanto al motivo por el cual no fue firmado en tiempo la Escritura

Pública, respondió: “...según manifestaciones del Sr. JUAN FRANCISCO ISASI ESPINOLA, no se firmaría la escritura hasta llegar a un acuerdo con la compradora sobre el precio de venta convenido originalmente, por lo que tuvo que anular la escritura en el plazo establecido por la ley...” (fs. 232). Esa probanza adquiere eficacia probatoria porque fue rendida por un Testigo calificado y presencial.

A ello cabe agregar que en el acto de la firma del Contrato se otorgó la posesión del inmueble a favor de la compradora, quien realizó mejoras, extremo reconocido expresamente por la accionante al contestar demanda reconventional.

La concurrencia de esos elementos probatorios, sumados a la orfandad probatoria de la accionante, nos lleva a la convicción que la compradora adquirió el inmueble de buena fe, esto es, en la creencia que la accionante otorgó autorización al esposo para vender el bien de la comunidad conyugal y que concurriría a la firma de la Escritura Pública. Sin perjuicio que la accionante ejerza el Derecho concedido en el Artículo 47 de la Ley N° 1/92, a fin de reclamar a su cónyuge indemnización por el lucro obtenido por la venta de bien ganancial realizada sin su participación.

En suma, al no haberse acreditado –siquiera someramente- la mala fe de la compradora, requisito ineludible para la procedencia de la Acción (ex Artículo 49 de la Ley N° 1/92), cabe en estricto Derecho NO HACER LUGAR a la demanda por nulidad de Acto Jurídico y, en consecuencia, REVOCAR parcialmente el apartado 3° del Fallo impugnado.

Rechazada la demanda por nulidad de Acto Jurídico, corresponde estudiar la procedencia de la demanda reconventional de cumplimiento del Contrato y obligación de hacer Escritura Pública. Cabe recordar que la obligación de escriturar es deber, compromiso, convenio, exigencia, vínculo, etc., de hacer, conforme establece el Artículo 701 del Código Civil, en concordancia con los Artículos 476 y siguientes de dicha normativa. Igualmente, obligación accesoria de principales, que el Contrato de compraventa impone a las Partes constituyendo la vía instrumental, el modo idóneo de satisfacer la obligación primordial contraída por el vendedor, de transmitir el dominio de la cosa vendida.

En el sub lite, se aprecia que el Contrato quedó cumplido -a cabalidad- por la reconviniente, pues acreditó el pago del precio de venta del inmueble, cuyo saldo de USD 3.000 depositó en la cuenta Judicial abierta a nombre del Juicio intitulado: “LUCINEIDE HANG C/ JUAN FRANCISCO ISASI

ESPINOLA Y DORALICIA ACUÑA DE ISASI S/ PAGO POR CONSIGNACIÓN” y a la orden del Juzgado.

En esas condiciones, corresponde HACER LUGAR a la demanda por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública, intimando a Juan Francisco Isasi Espínola y María Doralicia Acuña de Isasi a que en el perentorio otorguen Escritura Pública de transferencia de dominio del inmueble individualizado como Finca N° 99, del Distrito Bella Vista Norte, a favor de Lucineide Hang, bajo apercibimiento de firmarlo el Juzgado en su reemplazo. En consecuencia, REVOCAR el apartado cuarto del Fallo impugnado.

Las Costas en Juicio serán impuestas a la perdidosa, con sujeción a los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón prosiguió diciendo: **EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN:** En primer lugar, y al solo efecto de fijar una postura jurídica al respecto, debo decir que sostengo el criterio que los **bienes gananciales** deben ser transferidos, conjuntamente, por *ambos cónyuges*, bajo pena de **nulidad**. Podría, eventualmente, admitirse una ratificación posterior, pero el régimen establecido por la ley es el de la transferencia en conjunto, de la totalidad del bien.¹²

¹² **Art. 42 Ley 1/92.** Los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales **corresponden a ambos cónyuges conjuntamente**; empero cualquiera de ellos puede ejercer tal facultad con poder especial del otro. Para los actos de disposición a título gratuito de los gananciales se requiere bajo pena de nulidad el consentimiento de ambos excepto los pequeños presentes de uso.

Al respecto la doctrina ha hecho un comentario, que debo reseñar: “El art. 42 exige que ambos cónyuges concurren a otorgar actos a título oneroso, y cuando sean actos a título gratuito, que presten su consentimiento, sin que se justifique la diferenciación de terminologías. Desde el punto de vista jurídico la situación es la misma, ya que al prestar su consentimiento el cónyuge está concurrendo al acto; pero desde el punto de vista de técnica legislativa, la disposición es deficiente. La parte final del artículo está tan mal redactada que más de uno se preguntará si con eso se quiere decir que sólo los actos a título gratuito serán nulos, y no los onerosos. **Sin embargo, en ambos supuestos estamos ante actos nulos**, en atención a lo que dispone el art. 27 del Código Civil, en concordancia con el 357, inc. b) del mismo cuerpo legal”. MORENO RUFFINELLI, José Antonio. Derecho de Familia. Tomo II, p. 733, Intercontinental Editora. 2005. Las negritas son mías.

Por lo tanto, disiento con el fallo del Tribunal de Apelación de dar validez a la transferencia del 50% del bien ya que, reitero, la ley no permite disposiciones parciales del bien ganancial, **excepción** que se hace con las **ejecuciones** que se llevan adelante contra uno sólo de los cónyuges, en los cuales la ley permite –reitero, por excepción, el embargo y eventual remate de la parte de gananciales de uno de los cónyuges,¹³ pero tratándose de actos de disposición –compraventa, donaciones, etc.- cuando se involucre a un bien ganancial, **ambos cónyuges** deberán otorgar su consentimiento para el acto.

Podría alegarse, como ya se hizo, que la Ley 1/92 debe ser leída como un todo, de manera tal que, al no establecerse expresamente la nulidad para los actos onerosos de disposición celebrados por solo uno de los cónyuges - como sí lo hace el artículo 42 *in fine* para los actos a títulos gratuitos- la solución a los actos celebrados sin autorización está dada en el artículo 47, que dispone: “*Si como consecuencia de un acto de administración o disposición de bienes comunes, llevado a cabo por uno solo de los cónyuges, hubiere obtenido el mismo un lucro excesivo y ocasionando un perjuicio a la comunidad, será deudora a la misma por el importe del perjuicio causado, aunque el otro no lo impugnase*”.

Conforme a esta tesis, entonces, al preverse otra solución distinta a la nulidad, los actos de disposición a título oneroso acarrearían, a lo sumo, un deber de indemnizar al otro cónyuge, empero, el acto celebrado continuaría siendo válido. Ahora bien, esta postura merece las mismas críticas que esbozan, en tanto que aquella interpretación sistemática soslaya que, ya en su artículo 42, la Ley 1/92 prevé la posibilidad de que solo uno de los cónyuges celebre los actos de disposición. Sin embargo, esta facultad está supeditada a un requisito insoslayable: la autorización del otro esposo.

Así pues, el artículo 47 de la Ley 1/92 no indica una solución contraria a la nulidad, sino que simplemente señala que, en cualquier supuesto, aun cuando el cónyuge solitario procediese conforme a derecho –a través de un

Art. 27 C.C. Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención.

¹³ **Art. 52 Ley 1/92.** Cada cónyuge responde con sus bienes propios de las deudas propias. Si ellos no fueren suficientes para abonarlas el acreedor podrá pedir el embargo de la porción respectiva de gananciales, para efectivizar el cobro de su crédito.

poder habilitante, por ejemplo- deberá indemnización al otro cónyuge, cuando *hubiere obtenido un lucro excesivo o hubiere ocasionado un perjuicio a la comunidad*, o cuando hubiere procedido *culposa o dolosamente*, dañando así los intereses del consorte.¹⁴

Entonces, la lectura que debe darse a la norma que comentamos -artículo 47- debe ser la siguiente: La autorización del cónyuge no contratante es esencial. En los casos que ésta sí haya mediado, y como consecuencia de un acto de disposición, el cónyuge contratante haya ocasionado perjuicios a la comunidad, será responsable con el otro cónyuge por el importe del perjuicio causado. Más aún, éste deberá esa indemnización –sin perjuicio del derecho de reclamar la nulidad-¹⁵ cuando actuando ilícitamente, es decir, actuando sólo y sin poder habilitante, el cónyuge realizara actos de administración o disposición –estos últimos evidentemente nulos, además- y éstos fueren perniciosos a los intereses del otro cónyuge.

Por otra parte, tampoco puede interpretarse que la existencia del *fraude a los derechos del cónyuge* y de la *mala fe* del tercero adquirente sean dos requisitos a cumplirse para pedirse la nulidad en caso que el cónyuge haya procedido en forma solitaria a enajenar bienes gananciales, pues en este caso no corresponde hacer una interpretación sistemática y conjunta de los arts. 42 y 49¹⁶ de la ley 1/92, ya que regulan casos diferentes. En este último caso –el regulado por el art. 49- se trata de otro supuesto, y se refiere a todo acto –aún el realizado con poder habilitante suficiente- que realice el

¹⁴ **Art. 47 Ley 1/92.** Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición de bienes comunes, llevado a cabo por uno solo de los cónyuges, hubiere obtenido el mismo un lucro excesivo y ocasionando un perjuicio a la comunidad, será deudora a la misma por el importe del perjuicio causado, aunque el otro no lo impugnase.

¹⁵ Ello explica la frase del art. 47 de la ley 1/92 que indica “...*aunque el otro no lo impugnase*”, señalando claramente que la indemnización se debe en forma autónoma, haya o no reclamo de nulidad, sea porque el cónyuge afectado no demande la nulidad o porque esta sea inviable –por ejemplo, por haber procedido el cónyuge solitario a realizar el acto de disposición con poder habilitante suficiente- aunque sí sea viable el pedido indemnizatorio, por haberse ocasionado al cónyuge afectado algunos perjuicios.

¹⁶ **Art. 49 Ley 1/92.** Cuando el acto constituyere un fraude a los derechos del consorte, el afectado podrá demandar su nulidad, siempre que el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe.

cónyuge y que sea dañoso para el otro cónyuge, defraudando sus legítimos derechos, habiéndose prestado el tercero, de mala fe, a la maniobra. Como claramente puede notarse, el caso es diferente al previsto en el art. 42 que regula taxativamente la disposición de bienes gananciales y establece, claramente, que ambos cónyuges deben realizar conjuntamente, el acto jurídico correspondiente, bajo pena de nulidad.

El argumento de la nulidad total –en oposición a la nulidad parcial declarada por el *ad quem*- adquiere aún más relevancia si tomamos en cuenta la naturaleza de la comunidad de bienes gananciales. Los bienes que se comprenden en ella, vale decir, no corresponden en condominio a los esposos -de modo a entender que cada uno tiene un porcentaje o alícuota sobre aquellos- sino que todo el acervo se encuentra indistintamente en propiedad y administración conjunta de ambos cónyuges. Los esposos tienen el derecho a usar y gozar en conjunto los bienes, hasta que la comunidad ganancial se liquide y disuelva, luego de lo cual pasarán a ser propiedad de uno u otro, o de ambos, si así convinieren. Es por ello que, con buen tino, la doctrina ha entendido este instituto como una mera “expectativa” sobre los bienes –en oposición a la doctrina minoritaria que la considera como una copropiedad- puesto que los derechos sobre los bienes recién se materializan con la liquidación de la comunidad. Hasta tanto, ambos cónyuges tiene el derecho de utilizar los bienes, aprovechar sus frutos y disponer de los mismos (esto último en conjunto, claro está).

Por tanto, la solución dada por el Tribunal *ad quem* carece de asidero legal, en tanto que el inmueble no corresponde en un 50% a la actora, “...*en su calidad de socia de la comunidad conyugal.*” (f. 308). A lo sumo, podría argüirse que la administración de tal bien correspondía en conjunto –y en igualdad de derechos- a ambos cónyuges, por lo que la falta de autorización de uno de ellos –cuando la ley expresamente lo exigía- torna inexorablemente nulo el acto por imperio de la norma general contenida en el artículo 27 del Código Civil. Esta nulidad, por la misma naturaleza de los bienes gananciales, no podría darse de manera parcial, puesto que lo que en esencia ocurre consiste en el desplazamiento de un bien administrado en conjunto por uno solo de los administradores.

Conforme al criterio expuesto, lo que en puridad correspondería sería la acogida total de la demanda, es decir, la nulidad de la transferencia en su totalidad. Sin embargo, en autos nos encontramos ante un obstáculo que, a ojos vista, se juzga insalvable, puesto que **la actora no ha recurrido** el

Acuerdo y Sentencia No. 2 del 06 de febrero de 2019, dictado por el Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay, motivo por el cual, a pesar del desacuerdo personal formulado con lo allí resuelto en cuanto a la extensión de la validez o de la nulidad del acto de disposición, **ya existe cosa juzgada con respecto a la improcedencia parcial de la demanda.**

Así las cosas, si bien a mi criterio el acto es nulo, aquella nulidad no será pronunciada. Habrá de estudiarse, únicamente, los agravios de la demandada Sra. Lucineide Hang, **quedando firme ya** -reitero, por falta de apelación- la decisión del Tribunal de Apelación en virtud de la cual se consideró válida la transferencia del 50% del bien inmueble individualizado como Finca No. 99 del Distrito de Bella Vista Norte.

Por ende, **habrá de confirmarse el apartado 3°** del Acuerdo y Sentencia No. 2 del 06 de febrero de 2019, dictado por el Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay.

En cuanto al **segundo punto** -viabilidad de la demanda de obligación de hacer escritura pública- debemos decir que la resolución del mismo está intrínsecamente ligada a lo resuelto en el primer punto: si se mantuvo la validez de la transferencia del 50% de la Finca No. 99 del Distrito de Bella Vista Norte, correspondiente al Sr. Juan Francisco Isasi, conforme lo explicáramos previamente, obviamente debe pesar sobre el mismo la obligación de dar cumplimiento a la formalidad de la escritura pública, de conformidad a los arts. 700 inc. a) y 701 del C.C.¹⁷, pues sería absolutamente ilógico por contradictorio -afectando al principio de no contradicción- sostener que es

¹⁷ **Art.700 C.C.** Deberán ser hechos en escritura pública: a) los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados;

Art.701 C.C. Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmado aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad. Estos actos, como aquéllos en que las partes se comprometieren a escribir, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer. El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubieren convenido que el acto no valdría sin la escritura pública.

válida -aunque sea parcialmente- la transferencia de un bien registrable realizada por un instrumento privado y negar seguidamente el otorgamiento de la formalidad ordenada por la ley, cual es la escritura pública respectiva.

Por ende, **habrá de revocarse parcialmente el apartado 4°** del Acuerdo y Sentencia No. 2 del 06 de febrero de 2019, dictado por el Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay y ordenarse el otorgamiento de la correspondiente Escritura Pública traslativa de dominio del 50% correspondiente, según el Tribunal de Apelación, al Sr. Juan Francisco Isasi, dentro del plazo de 10 días de quedar firme la resolución.

Debo subrayar una particularidad más del presente proceso: en este juicio una de las personas codemandadas -la Sra. Lucineide Hang- demandó reconventionalmente al otro codemandado -el Sr. Juan Francisco Isasi-. Sin embargo, esta situación se encuentra totalmente consentida y, analizando el punto, el efecto práctico y procesal sería el mismo si la codemandada Sra. Hang hubiere planteado otra acción principal -no por vía reconventional- y pidiese la acumulación de procesos, de conformidad al art. 237, in fine del C.P.C.

Costas: existiendo una admisión parcial del recurso deducido por la codemandada Sra. Hang, entiendo que corresponde que las costas sean impuestas en el orden causado en esta instancia y en las instancias previas.

ES MI VOTO.

A su turno el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón prosiguió diciendo: A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA: Como se vio en sede de nulidad, la naturaleza de la comunidad de gananciales impide que pueda decretarse una nulidad parcial del acto jurídico de disposición celebrado por uno de los cónyuges, cuando ella traiga aparejada la determinación anticipada -antes de la disolución- de la alícuota de participación y la consecuente constitución -absolutamente impropia, y no pretendida por ninguna de las partes- de un condominio entre el otro cónyuge y el comprador, sobre un bien ganancial. Nótese lo inverosímil de esta última hipótesis, que implicaría sostener la posibilidad de que puedan ser objeto de actos de disposición los derechos que un cónyuge pudiera tener sobre un bien ganancial; ello lleva implícita una confusión entre la comunidad de gananciales como especie de régimen patrimonial del matrimonio y el derecho real de condominio.

Por tanto, en casos como este, la sentencia definitiva deberá acoger o rechazar la demanda de nulidad del negocio jurídico por el todo, sin que se conciban nulidades parciales, ex art. 365 del Código Civil, ya mencionado al tratar la primera cuestión.

Entonces, seguidamente correspondería decidir si se probaron los requisitos de procedencia de la nulidad y el mérito de la demanda, para estimarla o no por el todo.

Empero, hay un obstáculo de fuste para ceñirse a tal metodología. En primera instancia se desestimó totalmente la demanda (f. 279 y vlt.a.) y en segunda -como se dijo- se la desestimó, pero sólo parcialmente (f. 308). Al ser así, bien o mal, ya hay cosa juzgada sobre la improcedencia al menos parcial de la demanda. Y como esto último no es posible por imperio del art. 365 del Código Civil, la única solución coherente con la cosa juzgada consiste en extender sus efectos a todo el acto y, de tal modo, reparar el interés de la codemandada y reconviniendo Lucineide Hagn, apelante, en la pervivencia total del contrato preliminar.

El respeto de la cosa juzgada, en armonía con la letra del art. 365 del Código Civil, imponen que, en este caso y por su singularidad, se extiendan a todo el acto los efectos de la nulidad juzgada en doble instancia, sin necesidad de análisis de mérito. La futilidad de esto último se explica fácilmente porque sea cual fuere el resultado del examen del mérito, de todos modos, deberá respetarse la cosa juzgada, que no puede consistir, como se vio, ni en una nulidad parcial -por ser *contra legem*- ni tampoco en una nulidad total -porque la validez parcial es cosa juzgada- del preliminar de compraventa impugnado.

En cuanto a la reconvención por escrituración promovida por la codemandada Lucineide Hagn contra la actora María Doralicia Acuña de Isasi y el codemandado Juan Francisco Isasi Espínola (f. 113), corresponde estimarla contra ambos, pese a que la actora no otorgó su asentimiento en el preliminar.

Ello porque María Doralicia Acuña de Isasi, bien o mal, ya fue condenada a recibir en pago por consignación el saldo del precio, por lo que ya hay cosa juzgada sobre la calidad -de parte- de la actora en relación con el citado preliminar de compraventa (*vide*: f. 206, 243 y 244/248 del juicio de pago por consignación anexo por cuerda).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En efecto, la procedencia de la reconvencción se funda en que la compradora Lucineide Hang demostró, mediante el juicio de pago por consignación que promovió contra Juan Francisco Isasi Espínola y María Doralicia Acuña de Isasi, que cumplió su prestación, en los términos del art. 715 del Código Civil (fs. 28, 39, 40 vta., 206, 243 y 244/248 de ese juicio; e igualmente fs. 85/91 de este juicio).

Por tanto, corresponde revocar parcialmente el Acuerdo y Sentencia impugnado y, en consecuencia, desestimar totalmente la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por la actora contra los demandados; hacer lugar a la reconvencción por escrituración promovida por Lucineide Hagn contra Juan Francisco Isasi Espínola y contra María Doralicia Acuña de Isasi.

Costas: por la nulidad de acto jurídico, a la actora, en todas las instancias. Por la reconvencción de escrituración promovida por la reconviente, a los perdedosos, en todas las instancias. Todo, en virtud de los arts. 205 y 192 del Código Procesal Civil.

Con lo que se dio por finalizado el Acto firmado S.S.E.E., todo por Ante mí que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO 120.

Asunción, 17 de diciembre del 2.020.

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

DECLARAR Desierto el Recurso de Nulidad.

REVOCAR parcialmente el apartado tercero del Acuerdo y Sentencia Número 2, del 6 de Febrero del 2.019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial Amambay y, en consecuencia, NO HACER LUGAR a la demanda por nulidad de Acto Jurídico promovida por María Doralicia Acuña de Isasi contra Lucineide Hagn y Juan Francisco Isasi Espínola, de conformidad al exordio de la Resolución, de conformidad al exordio de la Resolución.

REVOCAR el apartado cuarto del Acuerdo y Sentencia Número 2, del 6 de Febrero del 2.019, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y

JURISPRUDENCIA

Comercial y, en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda reconvenicional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública, promovida por Lucineide Hagn contra María Doralicia Acuña de Isasi y Juan Francisco Isasi Espínola, intimando a María Doralicia Acuña de Isasi y Juan Francisco Isasi Espínola que en el perentorio plazo de diez (10) días de quedar firme y ejecutoriado este Fallo, otorguen Escritura Pública de transferencia de dominio del inmueble individualizado como Finca N° 99, del Distrito Bella Vista Norte, a favor de Lucineide Hang, bajo apercibimiento de firmarlo el Juzgado en su reemplazo.

IMPONER Costas a la Parte actora en la Nulidad de Acto jurídico, en todas las Instancias.

IMPONER Costas a las Partes reconvenidas en la demanda reconvenicional por cumplimiento de Contrato y obligación de hacer Escritura Pública, en todas las Instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: César Antonio Garay, Alberto Martínez Simón, Eugenio Jiménez R.

Ante mí: Pierina Ozuna Wood. Secretaria.

Sala Penal

ACUERDO Y SENTENCIA N° 31

Cuestión debatida: *Verificar de oficio, las actuaciones realizadas por las partes a los efectos de declarar operada la caducidad de instancia, en relación a los recursos de nulidad y apelación interpuestos.*

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. PLAZO.

El plazo para que opere la caducidad de la instancia se computa desde la fecha de la última petición de las partes, resolución o actuación del Juez o Tribunal que tuviere por ejemplo impulsar el procedimiento.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. PLAZO.

Al no haber impulsado el proceso -con la efectiva materialización de la expresión de agravios- dentro del plazo de tres meses se puede concluir que efectivamente ha operado la caducidad de esta instancia. Por consiguiente, corresponde declarar operada la caducidad en esta instancia y la remisión del expediente para su prosecución.

NOTIFICACIÓN. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. ACTOS INTERRUPTIVOS. PLAZO.

La auto-notificación realizada por el representante de la parte actora efectivamente constituye un acto interruptivo de la caducidad. Tanto la notificación tácita como todas las demás formas de notificación constituyen actos interruptivos de la caducidad; siempre y cuando se realicen antes de los 3 meses establecidos legalmente para que fenezca el plazo de la misma.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. PLAZO.

La notificación dentro del plazo de los tres meses constituye un acto interruptivo de la caducidad y no puede haber operado la misma, ya que no transcurrió el tiempo establecido legalmente para dicho efecto. Por tanto, no corresponde declarar operada la caducidad de instancia.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

La *auto notificación* realizada por el representante de la parte actora efectivamente constituye un acto interruptivo de la caducidad. Tanto la notificación tácita como todas las demás formas de notificación constituyen actos interruptivos de la caducidad; siempre y cuando se realicen antes de los 3 meses establecidos legalmente para que fenezca el plazo de la misma (Voto en disidencia del Ministro Luis María Benítez Riera).

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. PLAZO.

Desde la fecha de notificación deben ser contados los días hábiles 85 para los Autos Interlocutorios y 9 para las Sentencias Definitivas para la presentación de los agravios respectivos por parte del recurrente (Voto en disidencia del Ministro Luis María Benítez Riera).

NOTIFICACIÓN.

Como la notificación dentro del plazo de los tres meses constituye un acto interruptivo de la caducidad no puede haber operado la misma, ya que no transcurrió el tiempo establecido legalmente para dicho efecto. Por tanto, no corresponde declarar operada la caducidad de instancia. (Voto en disidencia del Ministro Luis María Benítez Riera).

C.S.J. Sala Penal. Capital. 13/01/2021. Causa: “SIBRO S.A. FINANC INMOBILIARIA Y COM. C/ RES. N° 1086 DEL 5/OCT/12 Y RES. N° 422 DEL 1/DIC/14 DICT POR LA SCRIA. DE ASUNTOS LITIGIOSOS DE LA DINAPI” (Ac. y Sent. N° 31).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia Apelada?

En caso contrario, ¿Se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de la ley para determinar el orden de la votación, dio el siguiente resultado: LLANES OCAMPOS, BENITEZ RIERA Y RAMIREZ CANDIA.

CUESTION PREVIA: LA DOCTORA MARIA CAROLINA LLANES OCAMPOS DIJO: como cuestión previa resulta conveniente realizar un breve recuento de las actuaciones realizadas por las partes en esta instancia, a los efectos de verificar de oficio, si se ha producido o no la caducidad en esta instancia, todo ello de conformidad a las disposiciones establecidas en el artículo 175 del Código Procesal Civil.

En el Art. 8 de la Ley N° 1462/35 “Que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo”, dispone respecto a la caducidad de la instancia que: “Se tendrá por abandonada la instancia contencioso administrativa, si no se hubiesen efectuado ningún acto de procedimiento durante el término de tres meses, cargándose las costas al actor”, y la Ley N° 4867/2013 QUE MODIFICA EL ARTICULO 173 DE LA LEY 1337/88 “CODIGO PROCESAL CIVIL”, dispone: “Artículo 1°...Art. 173. Computo. *El plazo se computará desde la fecha de la última petición de las partes o de la resolución o actuación del juez o tribunal que tuviere por objeto impulsar el procedimiento según corresponda. Correrá durante los días inhábiles, pero se desconocerá el tiempo en que el proceso hubiere estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por disposición judicial, asimismo, si el expediente hubiere sido remitido a la vista por petición de un juez o tribunal. El*

cómputo de los plazos no correrá durante la feria judicial. En el procedimiento contencioso administrativo el plazo de caducidad se operará de pleno derecho a los tres meses, con exclusión del tiempo que corresponde a la feria judicial”.

Según la normativa precitada, el plazo para que opere la caducidad de la instancia se computa desde la fecha de la última petición de las partes, resolución o actuación del Juez o Tribunal que tuviere por ejemplo impulsar el procedimiento.

En ese contexto, se puede apreciar que en fecha **07 de abril de 2017** se dictó la providencia de “**Autos**” (fs 128) de manera tal que la recurrente, firma SIBRO S.A. Financiera, Inmobiliaria y Comercial, expresare agravios contra el Acuerdo y Sentencia N° 230 del 20 de setiembre del 2016, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala. Seguidamente, se puede observar a fs. 130 de autos, la cédula de notificación dirigida a la firma recurrente y pagada por la misma (conforme se observa en el recibo de cobertura de gastos obrante a fs. 129) *-del proveído de “autos”-* de fecha 06 de julio del 2017. Posteriormente, en fecha **17 de julio la firma recurrente expresó agravios** conforme consta en el cargo de secretaria obrante a fs. 135. En fecha **17 de agosto del 2017** la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual contestó los agravios en los términos del escrito obrante fs. 139/14.

En ese orden, corresponde señalar que la recurrente tuvo tiempo de impulsar el proceso hasta el **7 de julio del 2017**, conforme a lo establecido en el artículo 173 del CPC *-modificado por el artículo 1 de la Ley N° 4.867- y el artículo 8 de la Ley N° 1462/35*.

Así, al no haber impulsado el proceso *-con la efectiva materialización de la expresión de agravios-* dentro del plazo de tres meses se puede concluir que efectivamente ha operado la caducidad de esta instancia. Por consiguiente, corresponde declarar operada la caducidad en esta instancia y la remisión del expediente para su prosecución. En cuanto a las costas, estas deben ser impuestas a la recurrente de conformidad al artículo 200 del C.P.C.

En relación a las costas, estas deben ser impuestas a la parte apelante de conformidad a lo dispuesto en el Art. 200 del Código Procesal Civil. **ES MI VOTO.**

A LA PRIMERA Y LA SEGUNDA CUESTIONES PLANTEADAS, LA DOCTORA MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS PROSIGUIÓ DICIENDO: En atención al modo en que fue resuelta la cuestión

anterior, resulta inoficioso en el estudio de los recursos analizar la procedencia de los recursos interpuestos devienen innecesarios. **ES MI VOTO.**

A SU TURNO, EL MINISTRO RAMÍREZ CANDIA, dijo: me adhiero al voto de la Ministra María Carolina Llanes Ocampos, por los mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MINISTRO BENITEZ RIERA, dijo: me permito disentir respetuosamente con la opinión de los Ministros que me antecedieron en el orden de turno por las siguientes consideraciones:

Que, a criterio de este opinante, la *auto notificación* realizada por el representante de la parte actora efectivamente constituye un acto interruptivo de la caducidad. Tanto la notificación tácita como todas las demás formas de notificación constituyen actos interruptivos de la caducidad; siempre y cuando se realicen antes de los 3 meses establecidos legalmente para que fenezca el plazo de la misma. Por tanto, desde la fecha de notificación deben ser contados los días hábiles 85 para los Autos Interlocutorios y 9 para las Sentencias Definitivas para la presentación de los agravios respectivos por parte del recurrente, tal y como se dio en estos autos. A más de lo ya expuesto, considero oportuno mencionar que este criterio ha sido sostenido reiteradamente por la Sala Penal.

De las constancias de autos puede observarse que el Abog. Hugo Berkemeyer, en representación de la firma SIBRO S.A., fue notificado de la providencia de fecha 07 de abril del 2017, en la fecha 06 de julio del 2017 (fs. 130), para realizar la fundamentación de agravios en fecha 17 de julio del 2017 (fs. 131/135). A causa de ello en fecha 18 de julio de 2017, fue emitida la providencia de “*traslado a la adversa*” (fs. 136). Posterior a ello, obra la cédula de notificación diligenciada por las profesionales representantes de la parte actora a la parte demandada (fs. 138) cumpliendo de tal manera con el impulso procesal respectivo del recurso interpuesto. Una vez contestado el escrito de agravios por la parte (fs. 139/141), en fecha 22 de agosto del 2017 se llama “*autos para resolver*” la presente cuestión (fs. 142).

En consecuencia, como la notificación dentro del plazo de los tres meses constituye un acto interruptivo de la caducidad no puede haber operado la misma, ya que no transcurrió el tiempo establecido legalmente para dicho efecto. Por tanto, no corresponde declarar operada la caducidad de instancia.

En cuanto al fondo de la cuestión, si bien considero que corresponde expedirse sobre el recurso planteado por la parte demanda, en atención al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

modo en que fue resuelto por el voto mayoritario de los distinguidos colegas que me precedieron, omito referirme al mismo. **ES MI VOTO.**

Con lo que se dio por terminado el acto firmado SS.EE. todo por ante mí de que certifico, quedando la sentencia que inmediatamente sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA N° 31

Asunción, 13 de enero de 2021

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden; la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

1) **DECLARAR OPERADA** la caducidad de instancia, en relación a los Recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Procurador General de la República, abogado Sergio Coscia contra el Acuerdo y Sentencia N° 205, de fecha 24 de junio del 2019, dictada por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, en el juicio supra individualizado, en consecuencia, devolver estos autos al Tribunal de origen, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

2) **COSTAS** al recurrente.

3) **ANOTAR**, registrar y notificar.

Ministros: María Carolina Llanes Ocampos, Manuel de Jesús Ramírez Candía y Luís María Benítez Riera.

Ante mí: Abg. Karina Penoni. Secretaria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Cuarta Sala

ACUERDO Y SENTENCIA N° 06

***Cuestión debatida:** El fallo que sigue resuelve un recurso de apelación especial contra la sentencia de primera instancia que dispuso una condena. El debate se centra primeramente sobre la aplicación de una ley derogada en la calificación y posterior condena, la siguiente discusión es en relación a la trasgresión de la Ley N° 6495/19, de implementación de medios telemáticos para las audiencias.*

TRIBUNAL DE APELACIÓN. Atribuciones.

No corresponde analizar nuevamente las pruebas ofrecidas y producidas en el juicio, aun así, al examinar el fallo y el razonamiento del Tribunal para determinar la responsabilidad del condenado, la falta de convicción suficiente del miembro disidente instala la duda, no solamente sobre la autoría, sino también sobre la veracidad de que los hechos hayan sucedido tal como fueron denunciados, llegando -la mayoría- a concluir con una pena elevada.

LEY. Aplicación de la Ley.

El error en la aplicación de la ley se advierte, al no haber-la mayoría- para tipificar el comportamiento delictivo del acusado, considerado las disposiciones previstas en la Ley 6002/2017, que se halla vigente, habiendo fijado la pena, citando una ley modificada, -1160/97- por dos leyes posteriores- 3440/2008 y 60002/17.

LEY PENAL. Aplicación de la Ley.

A pesar de la acusación equivocada formulada por el Ministerio Público en el juicio -en la que refiere el Art. 135 A del C.P.- y la advertencia del Tribunal citando la disposición del Art. 400 del C.P.P., sin embargo, terminó -la mayoría- calificando la conducta del condenado en la misma normativa, produciendo el error en la aplicación de una ley no vigente.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Reenvío.

Al no encontrar la posibilidad de reparar directamente la inobservancia de la ley y su errónea aplicación, que se mantiene como vicio de la sentencia, corresponde se declare la nulidad de la misma, debiendo procederse a la reposición del juicio, todo conforme a lo previsto en el Art. 473 del C.P.P.- Es mi voto.25-XI-2020.

DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio.

La doctrina es pacífica al establecer que el derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo. Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Asimismo, constituye un derecho ilimitado, por ser un derecho fundamental absoluto. Justamente, la defensa de la persona en juicio y de sus derechos se concibe solamente a través de la intervención del abogado.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
Pacto de San José de Costa Rica. CADH.**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica o CADH—, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica tras la Conferencia Especializada Inter-

americana de Derechos Humanos, establece en su artículo 8° lo que denomina “Garantías judiciales”, entre las que se destaca en el caso que nos ocupa lo siguiente: “... d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor ...”.

DERECHO A LA DEFENSA. Derecho a la defensa en juicio.

En el ámbito doctrinario, tenemos que el derecho de defensa tiene una íntima relación con la independencia y la libertad del abogado, así como con la salvaguardia del secreto profesional. El ejercicio pleno de la abogacía garantiza una defensa eficaz de la persona y de los derechos. La libertad de expresión del abogado se sustenta en su independencia, que debe ser observada por los poderes públicos. La independencia de la abogacía requiere de un estatuto jurídico privilegiado, de la confianza de la sociedad y de una actuación ética normada.

ABOGADO. Derecho a la Defensa.

La independencia del abogado se configura a través de la designación y la responsabilidad del mismo. La defensa por medio del derecho de los intereses que le son confiados al abogado constituye su deber fundamental. Lo anterior exige garantizar la idoneidad y la exigencia deontológica disciplinaria. Claro es que la titularidad del derecho de defensa corresponde a la parte, pero es al abogado al que le toca ejercerlos por el deber de asistencia jurídica que tiene en el proceso. Es claro también que una defensa libre parte de la libertad del defensor, reflejada en la posibilidad de comunicación entre defensor y defendido, sin amenazas a su capacidad profesional, a su vida privada, a sus bienes y a sus comunicaciones.

DERECHO A LA DEFENSA.

El Poder Jurisdiccional debe garantizar la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del defensor).

SECRETO. Secreto Profesional.

La presencia física del defensor importa igualmente el deber de garantizar confidencialidad, fundado en la necesidad de comunicación libre entre el abogado y su cliente, y que consiste en la obligación de no divulgar información ni secretos obtenidos en el curso de la relación abogado-cliente. Se considera que este deber está ligado al derecho a declarar o a guardar silencio y no auto incriminarse por parte del imputado. El secreto profesional es tanto un derecho como un deber del abogado, inherente a la profesión y al derecho de defensa.

DERECHO A LA DEFENSA. Violación del derecho a la defensa en juicio.

La asistencia efectiva del profesional consiste en la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos, valores y principios legales y sobre todo constitucionales que permean en el debido proceso penal.

DEBIDO PROCESO. Presencia del inculpado.

Lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, en las que de forma activa, directa y física participe o deba participar, así como en aquéllas en las que, de no estar presente, se cuestionarían o se pondrían en duda la certeza jurídica y el debido proceso.

AUDIENCIA. Telemática.

En una audiencia que se realice de forma telemática; lo que se debe garantizar es que el Defensor acompañe físicamente a su defendido, en el lugar en donde se encuentre este último.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Reenvío.

En consecuencia, al encontrarse afectados principios que quebrantan la legítima defensa en juicio, y específicamente por conculcación de lo establecido en la última parte del Artículo 2º de la Ley N° 6495/19, la que se encuentra íntimamente ligada con el derecho constitucional a la defensa en

el proceso penal; mi voto es por la NULIDAD de la Sentencia recurrida; y al no ser posible la reparación directa de ésta inobservancia de la ley, se ordena el reenvío de la causa para la reposición del juicio por otro tribunal; de conformidad a lo establecido en el Artículo 473 del Código de Forma, a los efectos de que el Juicio Oral sea llevado a cabo conforme a las solemnidades procesales expuestas precedentemente.

Tapel. Cuarta Sala de la Capital. 28/01/2021. Causa: “C. M. P. s/ Abuso Sexual en Niños” (Ac. y Sent. N° 06).

Previo al estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Apelación Penal Cuarta Sala de la Capital, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

- 1.- Si es competente para conocer y decidir en la presente causa.
- 2.- Si es admisible el recurso interpuesto.
- 3.- Si se ajusta a derecho la sentencia recurrida.

Practicado el sorteo para determinar el orden de votación, resultó como miembro preopinante el Dr. ARNULFO ARIAS M. quien, para responder:

A LA PRIMERA CUESTION, dijo:

El Tribunal debe atender el recurso, en virtud a lo dispuesto en los Arts. 40 inc. 1 y 466 del C.P.P., y al no haber sido objetada la competencia del mismo por alguna de las partes.

A LA SEGUNDA CUESTION, dijo:

La apelación de la defensa técnica del condenado C. M. P. debe ser admitida, al ser presentada en tiempo oportuno y en debida forma, en escrito fundado y dentro del plazo, cumpliendo además las prescripciones del Art. 450 del C.P.P.; igualmente el apelante expuso sus agravios conforme a la disposición contenida en el Art. 468 del mismo cuerpo legal.

A LA TERCERA CUESTIÓN, dijo:

La sentencia dictada el Tribunal de Mérito resolvió: “...1. **DECLARAR por unanimidad, la competencia del Tribunal de Sentencia Colegiado integrado por la Jueza Abg. LAURA BEATRIZ OCAMPO FERNÁNDEZ, como Presidente del mismo, y como Miembros Titulares los Jueces Penales de Sentencia: Abg. JESUS RIERA MANZONI y Abg. FABIÁN WISENSEE para entender y resolver en el presente juicio, como también la procedencia de la acción.** 2) **DECLARAR por unanimidad la procedencia de la acción**

penal acusada por el Ministerio Público, en la presente causa. 3) DECLARAR, en mayoría, probada en juicio la existencia del hecho punible de Abuso Sexual en Niños, ocurrido en fecha 14 de mayo de 2018, en la vivienda ubicada en la calle Tte. C. A., Z. C., Asunción. 4) DECLARAR en mayoría, probada la existencia del hecho punible de abuso sexual en niños atribuido al Señor C. M. P. con C.I. N° 0.000.000, ocurrido en fecha 14 de mayo de 2018. 5) DECLARAR en mayoría, la Reprochabilidad del acusado C. M. P. con C.I. N° 2.030.912, por su conducta típica, antijurídica probada en juicio. 6) CALIFICAR, en mayoría, la conducta del acusado C. M. P. con C.I. N° 0.000.000, en lo que dispone el art. en el art. 135 A inc. 1°, 2° núm 2 y 3, inc. 3° del C.P. en concordancia con el art. 29 inc. 1° del mismo cuerpo legal. 7) CONDENAR, en mayoría, a C. M. P. con C.I. N° 0.000.000, paraguayo, sin sobrenombre ni apodo, de XX años de edad, nacido en fecha 00 de mayo de 0000, en la ciudad de V. H., domiciliado en la calle Tte., C. L., Z. C. de la ciudad de Asunción, a la pena privativa de libertad de QUINCE (15) AÑOS la que deberán cumplir en la Penitenciaría Nacional de Tacumbú en libre comunicación y a disposición el Juzgado de Ejecución Penal competente, una vez firme la presente resolución. 8) MANTENER las medidas cautelares decretadas en relación al acusado C. M. P. con C.I. N° 0.000.000, impuestas por A.I. N° 351 de fecha 165 de mayo de 2018. 9) IMPONER las costas del presente juicio al condenado. 10) LIBRAR oficios al Tribunal Superior de Justicia Electoral, Comandancia de la Policía Nacional y Sección de Antecedentes Penales, una vez firme y ejecutoriada la presente resolución e igualmente remitir estos autos al Juzgado penal de Ejecución de turno. 11) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia...”. (fs. 109vltto.).

A sus efectos dijo, en mayoría, “...El tribunal luego de analizar pormenorizadamente en su conjunto todas las diligencias probatorias ofrecidas, admitidas y producidas a lo largo del juicio oral y público, no expone duda alguna de que el hecho de ABUSO SEXUAL EN NIÑOS ha sucedido y ha sido probado por los siguientes elementos probatorios: 1) Notal Policial N° 33/18 de fecha 14 de mayo de 2018, emanada de la Comisaría N° 23 Metropolitana. 2) Acta de denuncia policial N° 1355, de fecha 14 de mayo de 2018, emanada por la Comisaría 23° Metropolitana. 3) Acta de manifestación forense de fecha 14 de mayo de 2018, emanada por la Unidad de la Fiscalía Barrial N° 5. 4) Informe Psicológico N°17/2020. Las testimoniales recibidas de los testigos fueron claras, coherentes, contestes y dieron luz al Tribunal

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

del cómo ocurrieron los hechos acusados por el Ministerio Público, en especial de la Señora P. G. F., madre de la víctima, por lo expresado precedentemente este Tribunal, en mayoría. Asimismo, no obra en autos que el acusado posea un eximente de responsabilidad penal establecido en los art 19 y 20 del Código Penal. No fue planteado en audiencia de juicio oral ni obra en autos alguna causal de exculpación como síndrome sicótico productivo retraso mental, desarrollo síquico incompleto, síndrome de abstinencia y/ o dependencia. Por lo cual concluye que el señor C. M. P. es una persona capaz de conocer las normas jurídicas y auto determinarse conforme a ese conocimiento y, así efectivamente así lo hizo. Por tanto, podemos concluir que el acusado conocía perfectamente la antijuricidad del hecho cometido, en consecuencia, el Tribunal de Sentencia por mayoría entiende que la conducta del Señor C. M. P. es típica, antijurídica y reprochable. Los Miembros del Tribunal de Sentencia por mayoría dijeron que la pena justa, debe ser enmarcada dentro de la reprochabilidad de cada acusado, y al mismo tiempo debe ser graduada de acuerdo a su actuar, en el marco penal de ABUSO SEXUAL EN NIÑOS, que tiene un marco penal de 15 años a 20 años de pena privativa de libertad. El Tribunal por mayoría considera que esta probada y demostrada la participación del acusado. Conforme a lo desarrollado en juicio oral y público, basados en los hechos demostrados, conforme a las documentales y testimoniales producidas, y a la advertencia de lo que dispone el art 400 del CPP este Tribunal concluye que corresponde calificar la conducta del acusado C. M. P. dentro de lo que dispone el artículo 135 A inc. 1° núm. 2 y 3, 3° en concordancia con el art. 29 inc. 1° del mismo cuerpo legal...". (Sic).

VOTO EN DISIDENCIA DEL DOCTOR JESÚS MARÍA RIERA MANZONI: *lo primero que llamó la atención a este Magistrado en la declaración de la niña, atendiendo a que en la gran generalidad de estos tipos de hechos punibles de declaración de estas víctimas es la prueba principal y que incluso en un alto porcentaje es la única prueba de condena, configurando así lo que se conoce en la doctrina como prueba diabólica, es que ella manifestó no saber nada del hecho, diciendo varias veces textualmente, que se le pregunte a su mamá sobre lo ocurrido... en segundo lugar el informe médico físico de la niña supuesta víctima, y encuentro que el mismo le sale completamente normal, en todo lo que se refiere a su fisionomía, no encontrándose daño alguno. Si bien es cierto que nos hallamos ante el primer inciso del*

artículo 135 del CP, dado en lenguaje coloquial como manoseo, debemos indicar que según la madre de la víctima este manoseo fue en las partes privadas de la niña y habría sido muy severo, y así no concuerda con el supuesto ilícito no haya dejado ningún rastro aunque sea leve en la niña, como ser pequeños cortes o escoriaciones, y menos aún concuerda que ella ni siquiera recuerde haber, por lo menos, despertado durante la comisión del supuesto hecho... En tercer lugar, y uniendo la idea con lo antedicho, paso a verificar la declaración de la mamá P. G., única prueba de cargo directa, a quien encuentro así revestida de la condición de prueba diabólica en lugar de la víctima...llamó mucho la atención a este Magistrado que M. G. haya dicho que fueron a hacer la denuncia al solo efecto de lograr que la pareja de su hermana, hoy acusado, sea echado de la casa, y que ella se sorprendió demasiado al ver el derrotero que tuvo luego este juicio...viniendo este orden de ideas, he hallado que el material probatorio se alejó completamente de la plataforma fáctica plasmada en la acusación y en el auto de apertura, comenzando a ser relatadas cuestiones que no figuraban en él...Este Magistrado ha notado que solamente se posee una plataforma fáctica indagada, imputada, acusada y elevada en el auto de apertura, es la masa fáctica que el señor secretario ha leído al inicio de esta audiencia y se refiere, sucintamente, el acusado se abalanzó sobre su hija de ocho años y estuvo manoseando en sus partes íntimas debajo de la sábana...Para profundizar más estas contradicciones, agregamos que P. G. ha dicho, en lo que se refiere a cómo dormían los tres juntos y ella ese día ocupaba la posición del medio entre el acusado y la niña, cosa que la menor negó claramente...La niña ha contado que habían otros suceso que no integran este juicio por prohibición al artículo 400 del CPP, pero que su mamá no se enteró de ellos...llama la atención que todos estos nuevos relatos, que ya figuraban en los albores del procedimiento, no hayan sido colocados como base de discusión en juicio oral público. También llama la atención que la mamá de la niña nunca se hubiera al menos sospechado de que algo andaba mal entre el acusado y su hija, atendiendo a que tuvo noticias de los vecinitos, al estrecho lugar de vivienda, a la supuesta gran cantidad de supuestos acontecimientos y a la seriedad de supuestos acontecimientos y a la seriedad que ellos hubieran revestido... relato otra contradicción abrumadora para este Magistrado, consistente en las fechas mencionadas. Asimismo, llama poderosamente la atención el hecho que cómo es posible que la señora P. seis o siete días del juicio oral y público cuente una versión distinta ante este tribunal.... Por todos

estos motivos, de ausencia de pruebas y graves contradicciones entre el material rendido como prueba, es que este Magistrado no pudo alcanzar el grado de certeza, sabiendo que para dictar una condena indefectiblemente se debe llegar a este estado mental, y al no lograrlo, la ley obliga al juez dictar Absolución... (Sic)”

El apelante luego de exponer sus agravios, solicita la Nulidad Absoluta de la sentencia recurrida : “... Para iniciar, corresponde referirse a la nulidad absoluta que adolece la sentencia recurrida, respecto al error de procedimiento en el que se ha incurrido; para ello, es menester analizar lo dispuesto en la Ley 6495/2019 “**QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO.**”...Esta disposición precedentemente señalada, ha sido transgredida, pues según se observa en el acta de juicio, la audiencia fue llevada a cabo, vía telemática, encontrándose su persona en la Penitenciaría Regional de Misiones y el Abogado Defensor, en la sala de juicio oral y público de la Capital, es decir, el procesado no estuvo físicamente al lado de su abogado defensor técnico...Así también, es menester examinar y resaltar, que, los fundamentos y decisión de la Sentencia recurrida, fue dividida, es decir, se ha concluido en una “condena” por mayoría, y en el sentido de una “Absolución de Culpa y Pena” en minoría... de esta manera se puede comprender el vicio de nulidad de la sentencia por inobservancia en el fallo de las reglas de la sana crítica, por error en la apreciación del hecho y de las pruebas, pues, el fundamento de la sentencia definitiva no tiene sustento probatorio unívoco...Es así, que, su representación técnica ha presentado la defensa del justiciable en juicio oral y público, solicitando la absolución de culpa y pena a favor del mismo, en ese sentido, es loable destacar, que realizando un examen de todas las pruebas producidas, y analizando las distintas aristas, se pudo concluir, que desde el aspecto de la existencia del hecho y la participación del justiciable C. M. P., la conducta atribuida no está probada, ya que si bien, es mencionado por los testigos, estos han entrado en contradicciones y en el caso de la supuesta víctima J. E. G. **VOTO EN DESIDENCIA DEL DOCTOR JESÚS MARIA RIERA MANZONI:** Examinado y entendido el fundamento en minoría expuestos a través del voto del Dr. Jesús María Riera Manzoni, la defensa hace suya los citados argumentos conforme al preciso al preciso y acabado estudio probatorio realizado por el citado Magistrado, que a todas luces pone al descu-

bierto el grave problema de ausencia probatoria, que trae aparejada absoluta falta de certeza respecto a la existencia del hecho...en mayoría no pudo reconstruir de manera razonable, ningún hecho ni conducta punible, exponiendo fundamentos arbitrarios de parte de los votos en mayoría, pues, se basan sobre apreciaciones subjetivas, contradictorias, no probadas, a consecuencia de un estado mental, que los llevó a un error de logicidad, es decir, un serio problema en cumplimiento de las reglas de la sana crítica...tampoco se pudo avanzar en el análisis de los elementos constitutivos del hecho punible, por no encontrarse reunidos sus presupuestos, sin embargo, si está probado, que los argumentos que llevaron al Tribunal de Sentencia en mayoría a determinar una condena no tiene sustento probatorio...El presente Recurso de Apelación Especial y Nulidad Absoluta, planteado por esta defensa, reúne todos los requisitos de ley y de correcta fundamentación, razón por la cual solicitamos actúe en estricta justicia haciendo lugar a lo petitionado por esta parte...” (111/128).

La representante del Ministerio Público por su parte, pide la confirmación del fallo: “...Al respecto, esta representación expresa que el recurrente no ha dado cumplimiento a ninguno de los requisitos contemplados en el artículo en mención, solo se limita o fundamenta su recurso en la valoración de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público en el juicio en cuestión, según el mismo no se ha observado las reglas impuesta a los jueces que hacen a la SANA CRÍTICA, contemplado en el art. 175 C.P.P... esta Representación Fiscal solicita de igual forma el rechazo del Recurso de Apelación Especial...Expresa el recurrente en primer término que la causa debe ser anulada por un supuesto **ERROR DE PROCEDIMIENTO**, incurrido por el Tribunal en razón de no dar cumplimiento a la referida ley, que permite la realización de audiencias por medios **TELEMÁTICOS** y por tanto se estaría violando o constituiría “**INOBSERVANCIA DE LAS GARANTIAS**”, previstas en el art. 12 del C.P.P. y que es causal de nulidad absoluta prevista en el art. 165 y 166 del C.P.P. y al respecto refiere el recurrente...Con relación a este agravio, esta representación fiscal expresa, que en ningún momento se violó ningún tipo de garantías procesal a lo que hace a la asistencia, representación e inmediatez en el presente juicio oral y público, conforme a lo establecido en la Constitución y el Código Procesal Penal, el cual el recurrente ha hecho mención en diversas oportunidades... Estas consideraciones vertidas por el Tribunal de Sentencia, que constan totalmente en el ACTA del juicio, denotan que no fue sobrepasado ningún tipo de garantía procesal del Sr. C. P., más

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

a lo que hace a actos de asistencia, y representación en juicio... Al respecto a la primera cuestión, esta representación fiscal manifiesta que todas las expresiones vertidas por la defensa técnica efectivamente fueron consignadas en el ACTA del JUICIO ORAL, tal como lo establece el art. 404 del C.P.P...Asimismo la víctima J. E. G., ha expresado también supuestas versiones diferentes después de los hechos en diferentes momentos así como también agregando varias porciones del hecho en cuestión y situaciones vividas con anterioridad y posterioridad de los hechos...Por tanto sobre lo expresado para esta representación fiscal no se puede hablar de supuestas contradicciones, sino que a lo largo del proceso, en diferentes periodos de tiempos se fueron agregando más datos que dan cuenta a la existencia del hecho y a la participación del Sr. C. M. P., y por tanto la conducta del mismo se subsume del tipo penal al que fue condenado...también cabe resaltar que el apelante pasó de largo todas las pruebas, evidencias y declaraciones de testigos de cargo producidas en el Juicio Oral y Público, que condujeron a la condena de C. M. P....Muy por el contrario al Recurso de Apelación interpuesto por la defensa Técnica, con sus “agravios” y manifestaciones al Tribunal de Alzada, este Representación Fiscal no encuentra que la Sentencia Judicial recurrida “. (fs. 135/138vlt.).

En principio, el Tribunal, en su sentencia, encontró probada la conducta del condenado del hecho punible del que fue acusado, calificando su comportamiento, en la disposición contenida en el art. 135 A inc. 1º, 2º núm 2 y 3, inc. 3º del C.P. en concordancia con el art. 29 inc. 1º del mismo cuerpo legal “...CALIFICAR, en mayoría, la conducta del acusado C. M. P. con C.I. N° 2.030.912, en lo que dispone el art. en el art. 135 A inc. 1º, 2º núm 2 y 3, inc. 3º del C.P. en concordancia con el art. 29 inc. 1º del mismo cuerpo legal...” y le impuso como sanción 15 (quince) años de pena privativa de libertad.

En contestación al primer agravio de la defensa, esta hace referencia a la realización de la audiencia conforme a la Ley 6495/2019, **QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO** señalando como vicio, la ausencia física de su representado. No obstante, el apelante participó del acto y dio su conformidad sobre la forma y los mecanismos previstos para su realización. El mismo fue consultado antes de su iniciación y expresó su consentimiento - Fs. 85- Ver Acta del Juicio.

Alega igualmente como vicio de nulidad, la inobservancia en el fallo de las reglas de la Sana Crítica, por error en la apreciación de los hechos y de las pruebas, hecho que dio lugar al voto en disidencia del Juez JESUS MARÍA RIERA MANZONI a quien menciona y hace suyas las conclusiones del mismo con respecto a los hechos y la participación del condenado.

No quiero entrar a analizar nuevamente las pruebas ofrecidas y producidas en el juicio, porque no me corresponde, aun así, al examinar el fallo y el razonamiento del Tribunal para determinar la responsabilidad del condenado, la falta de convicción suficiente del miembro disidente instala la duda, no solamente sobre la autoría, sino también sobre la veracidad de que los hechos hayan sucedido tal como fueron denunciados, llegando -la mayoría- a concluir con una pena elevada.

Sin embargo, el vicio radica en que, la pena prevista en la calificación definitiva de la conducta del condenado - art. 135 A inc. 1º, 2º núm 2 y 3, inc. 3º del C.P. en concordancia con el art. 29 inc. 1º del mismo cuerpo legal-, no se corresponde con la impuesta por el Tribunal.

Dicha normativa ha sido modificada por la Ley 3440/2008, que a su vez fue rectificada – en cuanto al monto de la pena- por la Ley 60002/17. En esta, se castigan los mismos hechos y se determina para el autor, una pena más elevada.

En la sentencia ha sido comprobado el hecho de ABUSO SEXUAL EN NIÑOS y probada la Autoría del condenado, habiendo considerado el aumento de la pena teniendo en cuenta la relación de este con la víctima.

La calificación establecida – Punto 6to. de la parte resolutive-, prevé para el Autor hasta 05 (cinco) años de pena privativa de libertad y su modificatoria- Ley 6002/17- castiga la misma conducta, con 10 (diez) a 15 (15) años de la misma sanción. No obstante, la calificación, el Tribunal – en mayoría- le impuso la sanción prevista en esta última.

Al realizar el análisis de la Tipicidad, transcribe igualmente el Art. 135 del C.P.- Fs. 103- y al concluir sobre la Autoría señala: *“En el presente caso el señor P. obró por si solo para realizar la conducta prohibida por el Art. 135 A del C.P.”* Fs. 104-.

Lo mismo, al definir la calificación *“...este Tribunal concluye que corresponde calificar la conducta del acusado C. M. P... DENTRO DE LO QUE DISPONE EL Art. 135 A In1o., 2º. Num. 2 y 3,3ro. en concordancia con el art. 29 inc. 1º. del mismo cuerpo legal...”* Fs. 105 vltto.

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Definitivamente, el error en la aplicación de la ley se advierte, al no haber-la mayoría- para tipificar el comportamiento delictivo del acusado, considerado las disposiciones previstas en la Ley 6002/2017, que se halla vigente, habiendo fijado la pena, citando una ley modificada, -1160/97- por dos leyes posteriores- 3440/2008 y 60002/17.

A pesar de la acusación equivocada formulada por el Ministerio Público en el juicio - en la que refiere el Art. 135 A del C.P.- y la advertencia del Tribunal citando la disposición del Art. 400 del C.P.P., sin embargo, terminó- la mayoría- calificando la conducta del condenado en la misma normativa, produciendo el error en la aplicación de una ley no vigente.

Al no encontrar la posibilidad de reparar directamente la inobservancia de la ley y su errónea aplicación, que se mantiene como vicio de la sentencia, corresponde se declare la nulidad de la misma, debiendo procederse a la reposición del juicio, todo conforme a lo previsto en el Art. 473 del C.P.P.- Es mi voto.25-XI-2020.

OPINIÓN DEL DOCTOR OSCAR RODRIGUEZ KENNEDY:

En primer lugar, respecto a la declaración de la Competencia de éste Tribunal de Apelaciones, y a la admisibilidad del Recurso de Apelación Especial interpuesto por la defensa, comparto lo decidido por el distinguido Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

En relación a lo manifestado por la Defensa respecto a que se ha transgredido la Ley N° 6495/19, de Implementación de Medios Telemáticos para las audiencias, en razón de que el acusado se encontraba en la Penitenciaría y su Defensor en la Sala de Juicios Orales; tenemos que efectivamente la citada normativa establece cuanto sigue:

Artículo 2.º Audiencias de Procesados y Condenados. El Juez o Tribunal, mediante resolución fundada, autorizará el uso de medios telemáticos para la realización de la audiencia en la que deba concurrir un procesado o condenado, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Se trate de hechos punibles relacionados con el crimen organizado, en cualquiera de sus formas o manifestaciones y exista la sospecha razonable de que pueda fugarse, huir o sustraerse de su custodia durante el traslado.
- b. Tenga dificultades que le impidan comparecer físicamente ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público, a causa de una enfermedad u otras circunstancias personales.

- c. Exista una distancia considerable entre la sede del Poder Judicial o del Ministerio Público y el establecimiento de reclusión.
- d. El traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por razón de seguridad personal de los Magistrados o del procesado o condenado.

Estas audiencias se realizarán conforme a las Leyes vigentes y deberá asegurarse el cumplimiento de las garantías procesales y los principios de inmediación y contradicción. El abogado defensor, deberá estar físicamente al lado del procesado o condenado.

Abonan igualmente esta disposición las Acordadas 1366/20, 1381/20 y 1466/20, dictadas en el marco de las medidas tomadas por la máxima instancia judicial para optimizar los servicios de justicia durante la crisis sanitaria por el COVID-19; y las posibilidades procesales con la recomendación que se realicen a través de audiencias telemáticas.

Sostiene al respecto Piero Calamandrei: "... La presencia del defensor, que represente o asiste a la parte, es garantía de ciencia y de probidad ...".

La doctrina es pacífica al establecer que el derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo. - Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Asimismo, constituye un derecho ilimitado, por ser un derecho fundamental absoluto. Justamente, la defensa de la persona en juicio y de sus derechos se concibe solamente a través de la intervención del abogado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Así también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos — Pacto de San José de Costa Rica o CADH—, suscrita el 22 de noviembre de

1969 en la ciudad de San José en Costa Rica tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, establece en su artículo 8o. lo que denomina “Garantías judiciales”, entre las que se destaca en el caso que nos ocupa lo siguiente: “... d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor ...”.

Siempre en el ámbito doctrinario, tenemos que el derecho de defensa tiene una íntima relación con la independencia y la libertad del abogado, así como con la salvaguardia del secreto profesional. El ejercicio pleno de la abogacía garantiza una defensa eficaz de la persona y de los derechos. La libertad de expresión del abogado se sustenta en su independencia, que debe ser observada por los poderes públicos. La independencia de la abogacía requiere de un estatuto jurídico privilegiado, de la confianza de la sociedad y de una actuación ética normada.

La independencia del abogado se configura a través de la designación y la responsabilidad del mismo. La defensa por medio del derecho de los intereses que le son confiados al abogado constituye su deber fundamental. Lo anterior exige garantizar la idoneidad y la exigencia deontológica disciplinaria. Claro es que la titularidad del derecho de defensa corresponde a la parte, pero es al abogado al que le toca ejercerlos por el deber de asistencia jurídica que tiene en el proceso. Es claro también que una defensa libre parte de la libertad del defensor, reflejada en la posibilidad de comunicación entre defensor y defendido, sin amenazas a su capacidad profesional, a su vida privada, a sus bienes y a sus comunicaciones.

Al respecto se considera que el Poder Jurisdiccional debe garantizar la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculcado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del defensor).

La presencia física del defensor importa igualmente el deber de garantizar confidencialidad, fundado en la necesidad de comunicación libre entre el abogado y su cliente, y que consiste en la obligación de no divulgar información ni secretos obtenidos en el curso de la relación abogado-cliente. Se considera que este deber está ligado al derecho a declarar o a guardar

silencio y no auto incriminarse por parte del imputado. El secreto profesional es tanto un derecho como un deber del abogado, inherente a la profesión y al derecho de defensa.

Así, la asistencia efectiva del profesional consiste en la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos, valores y principios legales y sobre todo constitucionales que permean en el debido proceso penal.

Lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculcado, en las que de forma activa, directa y física participe o deba participar, así como en aquéllas en las que de no estar presente, se cuestionarían o se pondrían en duda la certeza jurídica y el debido proceso.

En una audiencia que se realice de forma telemática; lo que se debe garantizar es que el Defensor acompañe físicamente a su defendido, en el lugar en donde se encuentre este último.

En consecuencia, al encontrarse afectados principios que quebrantan la legítima defensa en juicio, y específicamente por conculcación de lo establecido en la última parte del Artículo 2º de la Ley Nº 6495/19, la que se encuentra íntimamente ligada con el derecho constitucional a la defensa en el proceso penal; mi voto es por la NULIDAD de la Sentencia recurrida; y al no ser posible la reparación directa de ésta inobservancia de la ley, se ordena el reenvío de la causa para la reposición del juicio por otro tribunal; de conformidad a lo establecido en el Artículo 473 del Código de Forma, a los efectos de que el Juicio Oral sea llevado a cabo conforme a las solemnidades procesales expuestas precedentemente.

A su turno el Dr. EMILIANO ROLON FERNANDEZ manifiesta que comparte ambas opiniones por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Excelentísimos Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Cuarta Sala, de la Capital, por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia como inmediatamente sigue:

Ante mí:

VISTO: Los méritos que ofrece el Acuerdo mencionado precedentemente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Cuarta Sala de la Capital;

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

RESUELVE:

DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en el Recurso de Apelación Especial, interpuesto el Abogado Defensor Jorge Alberto Zayas Cueto en defensa del condenado C. M. P., contra la S.D. N.º 201 de fecha 21 del 2020, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado N.º 38, presidido por la Jueza Laura Beatriz Ocampo Fernández, como Presidente, e integrado por los Jueces Fabian Weisensee y Jesús María Riera Manzoni.

ADMITIR el Recurso de Apelación Especial, interpuesto el Abogado Defensor Jorge Alberto Zayas Cueto en defensa del condenado C. M. P. en contra de la S.D. N.º 201 de fecha 21 del 2020.

ANULAR, por los fundamentos expuestos la S.D. N.º 201 de fecha 21 del 2020, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado N.º 38 en todas sus partes.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnulfo Arias Maldonado, Emiliano Rolón y Oscar Rodríguez Kennedy.

Ante mí: Ana María Jiménez, Actuaría Judicial.

JUZGADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

SENTENCIA DEFINITIVA N° 225

Cuestión Debatida: *Determinar la procedencia de la Medida Cautelar, interpuesta para la protección de la identidad de los niños y adolescentes que hayan dado positivo a la prueba del Covid-19, atendiendo al interés superior del niño, ante la publicación de la misma en las redes sociales.*

MEDIDAS CAUTELARES. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Corresponde al Juzgado de la Niñez y Adolescencia tomar las medidas primeras y paliativas al cumplimiento de la Constitución Nacional, artículo 54; Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Paraguay Ley 54/90, artículo 3 y el Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 3. Estas medidas cautelares, así mismo se encuentran establecidas en los Art. 34 y 175 de la Constitución Nacional, modificada por la Ley 6083/18 y concordantes.

MEDIDAS CAUTELARES. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. COVID-19.

Se prohíbe a los medios masivos de comunicación y a cualquier persona publicar, difundir o exponer por cualquier medio, sea gráfico, radial, televisivo, digital y las redes sociales cualquier información imágenes o videos con relación a niños, niñas y adolescentes que han dado positivo a la prueba del COVID 19.

Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, Cuarto Turno, Capital. 31/08/2020. Causa: “NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES”, Año: 2020, N° 129”, SD. N° 225.

CONSIDERANDO:

Que, se presentó la Defensora Pública de la Niñez y a la Adolescencia del cuarto turno, Abg. Bettina Ovando, a solicitar medida cautelar de protección en los términos de su escrito agregado a fs. 05/06 de autos, manifestando entre otras cosas que: “...en el caso que nos ocupa según la denuncia

N° 115..., que fuera recepcionado por estas oficinas en atención a la comunicación realizada por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia en la que hacen alusión a la viralización de los datos personales de adolescentes que han dado positivo a la prueba del Covid-19, solicitando se arbitren las medidas correspondientes... Por lo expuesto, como medida cautelar genérica solicito a V.S. prohibir a los medios de comunicación y a cualquier persona, sean familiares, amigos o conocidos, publicar, difundir o exponer por cualquier medio (gráfico, digital, radio, televisión, redes sociales) información, imágenes o videos con relación a niños, niñas y adolescentes, así como cualquiera información que involucre de manera directa o indirecta al niño, niña y adolescente que se encuentre en las mismas circunstancias mencionada en la nota del Ministerio de la Niñez y Adolescencia (MNNA) N° 925 que se adjunta a esta presentación. A tal fin líbrese oficio a los servicios de comunicación radial, televisiva y escrita, así como al Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación (MITIC) a fin de hacerles saber de la presente resolución. Así mismo dispónganse que dicha resolución sea publicada en la siguiente edición de la Gaceta Judicial...”

Que, por providencia el Juzgado dio por iniciada la presente causa y dio intervención a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia del solicitante. Así mismo, conforme a lo solicitado se declaró la cuestión de puro derecho y se llamó autos para sentencia.

En este estado de cosas, primeramente, corresponde apuntar lo dispuesto en el **art. 54 de la Constitución Nacional establece que: “...De la protección al niño. La familia, la sociedad y el estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia y el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente...”**

Que, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Paraguay, a través de, la Ley 57/90, en su **artículo 3°** establece: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas u órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño, la protección y el cuidado, que sean necesarios*

JUZGADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”.

Que, el Art. 3° del Código de la Niñez y la Adolescencia prescribe: “Del principio del interés superior. Toda medida que adopte, respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías...”.

Que, analizadas las constancias de autos, se deduce que si bien es difícil la protección en las redes sociales, corresponde al Juzgado tomar las medidas primeras y paliativas al cumplimiento de las leyes citadas. Estas medidas cautelares, así mismo se encuentran establecidas en los Art. 34 y 175 de la Constitución Nacional, modificada por la ley 6083/18 y concordantes. Por lo expuesto, el Juzgado ordena la prohibición a los medios masivos de comunicación y a cualquier persona publicar, difundir o exponer por cualquier medio, sea gráfico, radial, televisivo, digital y las redes sociales cualquier información imágenes o videos con relación a niños, niñas y adolescentes que han dado positivo a la prueba del COVID 19. Librándose el oficio respectivo, así mismo dispóngase la publicación de la presente resolución judicial como lo solicita la defensa interviniente. Oficiese.

Que, en cuenta a las cosas corresponde exornarlas atendiendo la intervención de la Defensa Pública y de la Niñez y la Adolescencia.

Por tanto, en mérito a lo precedentemente expuesto a las disposiciones legales, el Juzgado.

RESUELVE:

HACER LUGAR, a la presente medida cautelar solicitada por la Defensora Pública Bettina Ovando, conforme a lo dispuesto en el exordio de la presente Resolución. Notifíquese.

LIBRAR, oficio a los medios masivos de comunicación y a la Gaceta Judicial a fin de tomar conocimiento de la presente Resolución.

EXPEDIR, copia autenticada de la presente Resolución.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrada: María Cristina Escobar Arza.

Ante mí: Andrea Ayala, Actuaría Judicial.

ANEXO

LEY N° 6.495

QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO.

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA
SANCIONA CON FUERZA DE

L E Y

Artículo 1º. Objeto y Alcance. La presente ley regula el uso de los medios telemáticos para la realización de audiencias en los procesos judiciales que se tramitan en los distintos fueros que componen el Poder Judicial o ante el Ministerio Público los cuales tendrán carácter gratuito.

Se entenderá por medio telemático a toda comunicación a distancia entre dos o más personas que pueden verse y oírse en tiempo real a través de una red o de otro recurso tecnológico de transmisión.

Artículo 2º. Audiencias de Procesados y Condenados. El Juez o Tribunal, mediante resolución fundada, autorizará el uso de medios telemáticos para la realización de la audiencia en la que deba concurrir un procesado o condenado, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Se trate de hechos punibles relacionados con el crimen organizado, en cualquiera de sus formas o manifestaciones y exista la sospecha razonable de que pueda fugarse, huir o sustraerse de su custodia durante el traslado.

JURISPRUDENCIA

b) Tenga dificultades que le impidan comparecer físicamente ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público, a causa de una enfermedad u otras circunstancias personales.

c) Exista una distancia considerable entre la sede del Poder Judicial o del Ministerio Público y el establecimiento de reclusión.

d) El traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por razón de seguridad personal de los Magistrados o del procesado o condenado.

Estas audiencias se realizarán conforme a las Leyes vigentes y deberá asegurarse el cumplimiento de las garantías procesales y los principios de inmediación y contradicción. El abogado defensor, deberá estar físicamente al lado del procesado o condenado

Artículo 3º. Podrán ser sustanciados por el sistema establecido en el Artículo 1.º de la presente ley, todo tipo de audiencias en general, de todos los fueros e instancias, incluso aquellas que requieren asistencia personalísima. Siempre que se den las siguientes circunstancias:

a) Para evitar riesgos para la seguridad pública, cuando exista una sospecha fundada de que el compareciente a la audiencia es parte de una organización criminal o que, por otra razón, pueda huir o ser sustraídos de su custodia durante el traslado hasta la sede judicial.

b) Para hacer posible que el compareciente participe del acto procesal, cuando exista una dificultad significativa para asistir en la audiencia ante el órgano jurisdiccional, debido a una enfermedad u otras circunstancias personales.

c) Cuando por cualquier motivo, así lo aconseje, el interés superior del niño, niña o adolescente.

d) Para garantizar la realización de la diligencia, cuando, debido a la distancia existente entre la sede jurisdiccional y el domicilio de la parte, del testigo o del perito, el traslado pueda verse frustrado ante la falta de los

recursos necesarios para el efecto o se vea impedido o dificultado por otro motivo atendible.

e) Cuando el compareciente a la audiencia se encuentre privado de su libertad y debido a la distancia existente entre la sede jurisdiccional y el establecimiento de reclusión, el traslado pueda verse frustrado ante la falta de los recursos necesarios para el efecto o se vea impedido o dificultado por otro motivo atendible.

Artículo 4°. Audiencias de Víctimas, Testigos o Peritos. En las audiencias en la que deba concurrir la víctima, un testigo o perito, el Juez o Tribunal, mediante resolución fundada, autorizará el uso de medios telemáticos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la víctima sea de un hecho punible relacionado con la violencia de género o violencia intrafamiliar.

b) Se trate de hechos punibles relacionados con el crimen organizado, en cualquiera de sus formas o manifestaciones.

c) Tenga dificultades que le impidan comparecer físicamente ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público, a causa de una enfermedad u otras circunstancias personales.

d) Exista una distancia considerable entre la sede del Poder Judicial o del Ministerio Público y el lugar de su domicilio.

e) El traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por razón de seguridad personal de los Magistrados o de la víctima, testigo o perito.

Artículo 5°. Constitución en el lugar del deponente. En casos en que existan dificultades para la utilización de medios telemáticos y persisten algunas de las circunstancias señaladas en los artículos 2.º y 3.º de la presente ley, el Juez o Tribunal o el Agente Fiscal a cuyo cargo se encuentre la diligencia, deberá arbitrar las medidas y los medios para trasladarse

hasta el lugar en que se encuentra el deponente, siendo dicho procedimiento también de carácter gratuito.

Artículo 6°. Valor de las actuaciones. Las actuaciones realizadas a través de los medios telemáticos, mantendrán la misma eficacia jurídica y el valor probatorio del modo en que convencionalmente se suele efectuar el acto, para lo cual se adoptarán los mecanismos de registro pertinentes y que deberán incorporarse a la carpeta fiscal o expediente judicial. A estos efectos, valdrá el registro audiovisual como prueba de la realización del acto, independientemente que el acta sea remitida posteriormente para su agregación material a la carpeta fiscal o expediente judicial. La entrega de una copia del material audiovisual de la audiencia podrá ser dispuesta por el Juzgado o el Ministerio Público, a pedido de alguna de las partes. El acta labrada por el secretario judicial, tendrá valor con su firma.

Artículo 7°. La decisión que ordena la implementación de medios telemáticos deberá ser adoptada por resolución fundada, de oficio, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, o en su caso a petición de la autoridad administrativa encargada de institutos penales. La resolución será irrecurrible.

Artículo 8°. Cooperación Judicial Internacional y Nacional. El Juez o Tribunal autorizará el uso de medios telemáticos en los casos de cooperación penal internacional, en base a los Acuerdos y Convenios internacionales suscriptos por la República del Paraguay y, a falta de ellos, cuando se solicite invocando el principio de reciprocidad internacional. También podrán celebrarse convenios interinstitucionales que determinen las condiciones y términos sobre los cuales efectuar acciones en el marco del cumplimiento de la presente ley.

Artículo 9°. Implementación. La Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia, dispondrán la implementación de la presente ley en el ámbito de sus respectivas competencias, debiendo aunar criterios para la habilitación, monitoreo, control, seguridad, tecnología adecuada y otros mecanismos para llevar a cabo las audiencias a través de los medios previstos en esta ley.

Artículo 10. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobado el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Diputados, a los tres días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, y por la Honorable Cámara de Senadores, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, queda sancionado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 207, numeral 1; y 210 de la Constitución.

Pedro Alliana Rodríguez, Presidente H. Cámara de Diputados.

Martín Arévalo, Vicepresidente 1° En ejercicio de la Presidencia. H. Cámara de Senadores.

Néstor Fabián Ferrer Miranda, Secretario Parlamentario.

Arnaldo Franco, Secretario Parlamentario.

Asunción, 6 de enero de 2019

Téngase por Ley de la República, publíquese e insértese en el Registro Oficial.

El Presidente de la República **Mario Abdo Benítez**

Cecilia Arminda Pérez Rivas Ministra de Justicia
